O costume como fonte de Direito em Portugal ¹

O costume integra o elenco das realidades habitualmente definidas como possíveis fontes de Direito num ordenamento jurídico (lei, costume, doutrina e jurisprudência) mas os seus requisitos e o seu efetivo valor enquanto fonte, nomeadamente na relação com a Lei, é dos temas mais caros de discussão da Teoria e da Filosofia do Direito, em relação ao qual ainda estamos longe de atingir consenso.

1- Conceito e requisitos

Simplificadamente, dir-se-á que o costume corresponde à fonte de Direito que arranca de uma prática habitualmente observada pelos membros de uma comunidade, à qual se vem posteriormente juntar uma determinada convicção subjetiva quanto a essa observância. Esta definição corresponde ao entendimento da doutrina maioritária, que faz depender a existência de apenas dois requisitos, mas não é pacífica.

Em matéria de requisitos do costume podemos, por isso, encontrar pelo menos três teses:

- a) Teoria dos dois elementos;
- b) Teorias objetivas;
- c) Teorias que impõem requisitos adicionais.

1.1 – Teoria dos dois elementos

I – Para a teoria dos dois elementos, a existência de um costume dependeria do preenchimento de dois requisitos ou da verificação de dois elementos:

- Um elemento objetivo (*corpus*) ou fático;
- E um elemento subjetivo (*animus*) ou normativo, designado, na tradição romana por *opinio iuris vel necessitatis*.

II – O elemento fático ou objetivo é o é de mais simples delimitação e traduz-se na existência de um uso (cf. artigo 3.º CC), ou seja, de uma prática

¹ Todos os preceitos sem indicação da correspondente fonte pertencem ao Código Civil Português de 1966.

social reiterada num determinado sentido. A prática social reiterada deve, contudo, incidir sobre matéria com relevância jurídica, pois que, de contrário, nunca pode dar origem a um costume enquanto fonte de regras de Direito (quando muito, poderia criar regras pertencentes a outras ordens normativas, como a ordem do trato social, etc). **Oliveira Ascensão** aponta, nesse sentido, o exemplo da prática de oferecer brindes na Páscoa, que por muito enraizada que esteja, nunca implicaria o aparecimento de uma regra jurídica.

O uso teria ainda que ser acompanhado de generalidade (Galvão Telles) e de abstração (Ferreira de Almeida, que o faz acrescer à “generalidade”) no sentido de não poder confinar-se a apenas um indivíduo ou a um número restrito de pessoas – tornando-se suscetível de dar origem a uma regra jurídica.

III – O elemento subjetivo, por seu turno, já se apresenta mais problemático, visto que o tipo de convicção em que se traduz é controvertido pela doutrina:

- Para a maioria dos Autores (**Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Baptista Machado, Galvão Telles, Maria Luísa Duarte, Marcelo Rebelo de Sousa, Germano Marques da Silva**, entre outros) a convicção que teria que acrescer ao uso para que ele desse origem a um costume, seria uma *convicção de obrigatoriedade*. Isto é, há costume e não apenas mero uso quando a comunidade tiver consciência de que tem que acatar aquela prática, que a sua observância é devida e não meramente uma questão de vontade, conveniência ou cortesia, que se está a obedecer a regras jurídicas.

Na prática, isto quererá dizer que qualquer sujeito, quando perguntado sobre a razão pela qual age de determinada forma, provavelmente responderia que atua assim porque “tem que ser”, porque esse comportamento é devido, sentindo-se vinculado a essa prática de forma tão espontânea que são desnecessários outros elementos de persuasão (o sentido do devido está na consciência das pessoas).

De resto, como explica **Oliveira Ascensão**, haverá também normalmente (mas não fatalmente) uma *convicção de necessidade*, isto é, a convicção de que a observância do uso é imprescindível para a comunidade.

A doutrina define do seguinte modo a convicção de obrigatoriedade:

- “convicção de que deve proceder-se segundo aquele uso (...), e portanto que estão implicadas regras jurídicas” (Oliveira Ascensão, 266);
 - “convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstrata obrigatória, caucionada pela consciência da comunidade”(Baptista Machado, 161);
 - “sentimento generalizado de que uma conduta é juridicamente exigível (...) respeito este costume porque *devo* (imperativo categórico) e não porque simplesmente quero ou dele retiro alguma vantagem” (M. Luísa Duarte, 184);
 - “convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstrata obrigatória, a uma norma preexistente” (G. Marques da Silva, 114);
 - “convicção em que estão os que observam o uso e os interessados nessa observância – de que ele corresponde a uma exigência jurídica, obedecendo a uma imperativo de justiça ou a uma conveniência tal que se torna forçoso o seu acatamento” (Galvão Telles, 119);
- Outros Autores, porém, propõem-se contestar essa fórmula:
 - assim, **Teixeira de Sousa** entende que o que tem haver é uma *convicção de juridicidade*, no sentido em que a prática correspondente ao uso tem que ser sentida pela comunidade como jurídica, como Direito [“sentimento de que algo deve ser ou não deve ser, porque tal corresponde ao direito (ou a uma idade de direito)”], requisito que seria mais exigente que a mera convicção de obrigatoriedade: aquela pode existir em relação a várias práticas, mesmo pertencentes a outras ordens normativas (ex. sentimento da obrigatoriedade de se levar uma lembrança quando se é convidado para jantar na casa de uma pessoa), mas é insuficiente para que essas práticas se transformem em costume: para isso, além de obrigatórias, elas têm que ser sentidas pelas pessoas como Direito;

- **Carlos Ferreira de Almeida** defende que o critério de juridicidade de qualquer norma jurídica é o critério da vigência, que resultando, na lei, da promulgação, no costume só poderia resultar da convicção subjetiva que acompanha o uso. Para o Autor, essa convicção deveria ser *convicção de vigência* ou de *juridicidade*, podendo, por isso, haver também costumes permissivos ou supletivos, e não apenas imperativos;
- na mesma linha, **Freitas do Amaral** refere-se a uma *convicção de obrigatoriedade ou licitude*, procurando apreender de modo mais rigoroso a fórmula romana *opinio iuris vel necessitatis*. Para o Autor, apesar de a maioria da doutrina falar apenas em “convicção de obrigatoriedade”, isso seria incorreto “pois equivale a esquecer que há costumes que não impõem nenhuma obrigação: apenas permitem, como actividade lícita, uma certa prática”.

E esta divergência doutrinária terá alguma relevância prática? À partida, como já parece ter ficado denunciado, diremos que poderia ter dois focos de relevância:

- delimitar o tipo de práticas sentidas como devidas que poderiam dar origem a um costume – impondo um *plus* à convicção de obrigatoriedade, que nem sempre estaria preenchido. Seria esse o sentido da posição de **Teixeira de Sousa**: assim, p. ex., a prática de um homem abrir a porta a uma senhora ou deixá-la passar à sua frente, pode ser sentida como devida, mas não dará origem a um costume porque não é tida pelos destinatários como correspondendo a uma exigência jurídica (as regras de cavalheirismo são do domínio do trato social);
- delimitar o modo deôntico das regras consuetudinárias e as suas modalidades. Assim, de harmonia com a posição maioritária, visto que o costume assenta numa convicção de obrigatoriedade, as regras consuetudinárias de conduta apenas poderiam ser regras cujo operador

deôntico² fosse um comando ou eventualmente uma proibição (visto que a proibição pode ser definida como a obrigação “de não fazer alguma coisa”³); nunca uma permissão porque o que é apenas permitido não pode ser sentido como obrigatório. Já se se seguissem as posições minoritárias de **Teixeira de Sousa, Freitas do Amaral** ou **Ferreira de Almeida** também poderia haver regras consuetudinárias de conteúdo meramente permissivo, ou regras consuetudinárias supletivas porque a convicção de juridicidade ou de licitude de uma conduta já se quadra com a possibilidade de ela ser meramente permitida pelo Direito.

Pensando em dois exemplos: as práticas presentes nos casos práticos III (poder-se pedir esmola no metro) e I dos casos adicionais sobre costume (os habitantes da aldeia da Urzelina, poderem, para evitar carência de água, consumir água das fontes instaladas nos quintais que dispunham de fonte, como era o caso do quintal da casa do Sr. Vikernes) não poderiam dar origem a um costume de acordo com a doutrina “tradicional” que defende a convicção de obrigatoriedade (pois tais práticas gerariam regras meramente permissivas), mas já poderiam se se seguisse a posição de Teixeira de Sousa ou Freitas do Amaral.

Contudo, pelo menos quanto ao segundo possível foco de relevância, não nos parece que ele seja sempre decisivo, no sentido de constituir um elemento diferenciador dos dois setores doutrinários. Em rigor, supomos que a expressão “convicção de obrigatoriedade” será mais utilizada por vários Autores por comodidade linguística, por corresponder a terminologia estabilizada na doutrina, do que na base de uma opção de fundo nos termos da qual as regras consuetudinárias de conduta não poderiam ser meramente permissivas (é, contudo, apenas a nossa posição, pois a diferente terminologia “convicção de

² O operador deôntico é o elemento estritamente jurídico de uma norma, ou seja, o elemento que contem o seu sentido jurídico. São três os modos deônticos:

- Comando (ex. A deve pagar a B);
- Proibição (ex. A não pode estacionar no local x);
- Permissão (ex. A pode estacionar no local y).

A doutrina discute se os modos deônticos são interdefiníveis, isto é, se cada um deles se pode explicar através dos outros (em sentido afirmativo: TEIXEIRA DE SOUSA).

³ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 208.

obrigatoriedade” x “convicção de juridicidade” faculta, de facto, esta diferenciação das regras na base do seu modo deôntico).

1.2 – Teses objetivas

Têm expressão em Autores como Ferrara. Para este Autor, a convicção de obrigatoriedade não poderia ser o elemento decisivo para transformar uma prática reiterada em Direito, pois que tal convicção só existe, justamente, essa prática for Direito (ideia: só me sinto obrigado a fazer uma coisa se sentir que isso é juridicamente exigido). O costume teria um fundamento meramente objetivo (e não também subjetivo, como resulta da doutrina maioritária) e bastar-se-ia com a mera prática reiterada, sendo irrelevante qualquer convicção subjetiva que lhe pudesse acrescer. A juridicidade adviria da matéria regulada.⁴ Destas orientações, que até apresentam alguma consistência teórica, dir-se-á, contudo que não permitem distinguir na prática um costume de um mero uso, por nos dois casos haver apenas mera prática social reiterada (**Menezes Cordeiro**).

1.3 – Requisitos Adicionais?

I – Alguns autores, partindo embora, dos dois requisitos que começámos por enunciar (*corpus + animus*, ou seja, uso acrescido de convicção subjetiva quanto à sua observância) consideram que eles seriam insuficientes para dar origem a um costume, exigindo a verificação de requisitos adicionais. Sem pretensão de exaustividade vamos analisar os seguintes:

- a) Reconhecimento legal;
- b) Imposição pelos órgãos públicos;
- c) Espontaneidade;
- d) Racionalidade;
- e) Antiguidade específica.

⁴ Seguimos MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução. Fontes de Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 565.

II – A exigência de consagração ou reconhecimento legal pressupõe que o costume esteja subordinado à lei e que tenha nesta a medida da sua admissibilidade, sendo, portanto, uma fonte mediata. Este é, pois, um dos principais postulados das correntes que consideram a lei a fonte de Direito “central” e a medida de admissibilidade de todas as outras (cf. *infra*).

No sentido da exigência deste requisito parecem depor **Pires de Lima e Antunes Varela** quando afirmam que “o costume constituirá fonte de direito quando o Estado reconhecer que as normas jurídicas podem nascer diretamente da vontade popular, independentemente de toda a consagração directa e expressa pelos seus órgãos legislativos”. Assim, o costume só seria relevante quando o Estado reconhecesse, através de lei, que essa fonte seria legítima e que as regras dela resultantes poderiam ser atendíveis. Esse reconhecimento poderia existir em geral, se se definisse o costume como fonte geral de Direito (o que não acontece no nosso Código Civil, onde nunca surge mencionado nos artigos 1.º ss, sobre a matéria das fontes de Direito) ou ser meramente casuístico se se limitar a reconhecer a atendibilidade de regras consuetudinárias apenas em alguns casos concretos (conforme parece acontecer, *v.g.*, no artigo 1400.º que expressamente reconhece serem atendíveis os costumes em matéria de divisão das águas).

Para quem assim se pronuncie, o costume *contra legem* nunca seria atendível – pois que, como se compreenderá, não seria lógico que a lei admitisse a relevância de uma fonte cujas regras contrariam as que dela resulta.

III – Habitualmente liga-se a necessidade de imposição pelos órgãos públicos à coação ou à coercibilidade.⁵ Assim, ao passo que o critério anterior postula o reconhecimento do costume pela lei, este critério postula o reconhecimento pelos órgãos do Estado (Tribunais e Administração Pública), através da sua imposição.

No sentido da exigibilidade deste requisito pronuncia-se **Cabral de Moncada**: “os costumes, hão-de ter necessariamente uma sanção coactiva e os restantes caracteres de todas as normas jurídicas” sendo necessário que “a regra que ele [o costume] envolve (...) possa achar-se garantida pela coacção

⁵ A definição destes conceitos varia de Autor para a Autor, mas remete-se para as definições do Professor regente e para as outras que foram estudadas aquando do tratamento dessa matéria.

jurídica, como todas as normas jurídicas, isto é, possa conduzir aos tribunais". Resumidamente, a ideia seria portanto que uma regra costumeira só seria jurídica se o seu cumprimento pudesse ser exigido em Tribunal e se o Estado "emprestasse" a sua "força" para garantir o seu cumprimento ou sancionar o seu incumprimento – isto é, se aquelas entidades impusessem o cumprimento dessa regra.

Este requisito é, contudo, criticado na sua substância com os argumentos de que não sendo a coercibilidade característica necessária do Direito,⁶ não faria sentido que fosse do costume (**Oliveira Ascensão, Vieira Cura**) e, ainda que a vigência da norma costumeira não é ameaçada por decisões de órgãos estaduais em sentido contrário, se não forem atingidos o uso e a convicção de obrigatoriedade que animam a respetiva fonte (**Oliveira Ascensão**). Por outro lado, põe-se também em causa a sua pretensa autonomia (neste sentido: **Vieira Cura**, 246) pois que, uma vez que os Tribunais só aplicam o que for reconhecido por lei, i.e., o que passar pelo "filtro legal", este requisito não seria verdadeiramente diferente da necessidade de reconhecimento legal, sendo antes uma afirmação indireta daquela necessidade.

Não há dúvida que uma coisa é a existência de uma regra, e outra o seu cumprimento; mas também não se pode deixar de ter presente que será relativamente artificial afirmar que há uma regra jurídica, se ela não for cumprida pela Comunidade, e não existirem formas de garantir o seu cumprimento. Porém, o problema em relação ao costume, não é muito diferente do que pode suceder com a lei (p. ex. a proibição do aborto, até ao referendo de 2007, caucionada pela sua criminalização, deixava grandes dúvidas de eficácia pois, em relação às poucas mulheres que chegavam efetivamente a Tribunal acusadas desse crime, encontrava-se sempre, na prática, qualquer mecanismo para evitar a condenação). Por isso, independentemente de outras questões a seguir mencionadas, se a regra for efetivamente cumprida e tida como jurídica pela generalidade da comunidade a que se reporta, não deixa de dar origem a uma regra jurídica se os Tribunais e a Administração não a aplicarem, se o Estado não emprestar os seus mecanismos coercivos para garantir o seu cumprimento.

⁶ A crítica já poderá cair para os Autores que defendam que é, pelo que se trata de um argumento que envolve uma tomada de posição prévia: é ou não a coercibilidade característica necessária do Direito?

De forma mais enigmática e contrastante com a postura relativamente “aberta” que depois adota em relação ao reconhecimento do costume como fonte, **Freitas do Amaral** vem afirmar que costume só pode ser fonte se a norma por ele criada for acompanhada de uma sanção para o caso do seu incumprimento, sanção essa que não teria que estar necessariamente contida na própria regra. Porém, o Autor não chega a aderir expressamente ao requisito citado da imposição pelos órgãos públicos.

A existência de sanção não postula, necessariamente, a sua execução pela força ou a necessidade de intervenção dos órgãos estaduais, se o sancionado a cumprir espontaneamente – pelo que até poderia haver aqui um outro requisito autônomo. Porém, se a sanção não for acatada, ela é tão frágil como seria a regra que a não tem (*lex imperfecta*). Assim, ou bem que esta referência se aproxima do requisito citado, ou separadamente, ela acaba por não acrescentar grande “força” a uma prática (não provando bem como requisito autônomo).

IV – A espontaneidade significaria que a prática deve resultar da Comunidade de forma livre, não podendo, portanto, a sua observância ter sido pressionada pela força. O que faz sentido: se o elemento “jurígeno” desta fonte é a consciência da comunidade, não a Autoridade do Estado, ela terá que arrancar de uma prática que as pessoas sigam por si só, não que lhes seja imposta.

Repare-se que este requisito não compromete o anterior: uma coisa é, até à existência de costume, a observância dessa prática ser livre e espontânea; outra, bem diferente, é, a partir do momento em que ela dê lugar a uma fonte reveladora de uma regra jurídica, sentida por todos como de cumprimento devido, poder sancionar-se o seu incumprimento ou forçar-se o respetivo cumprimento.

Oliveira Ascensão sustenta que, não obstante os postulados deste requisito serem verdadeiros, o problema estaria na sua falta de autonomia: sem liberdade/espontaneidade, não há verdadeira convicção de obrigatoriedade ou juridicidade – pelo que tudo se decidiria afinal nesse mesmo aspeto (o requisito da convicção de obrigatoriedade ou juridicidade).

V – A necessidade de racionalidade do costume já vinha referida em constituições imperiais romanas (concretamente, na constituição imperial de Constantino de 319) e foi-o sendo ao longo dos tempos, nem sempre exatamente com o mesmo sentido, mesmo entre nós. Cabe especial menção à

Lei da Boa Razão de 1769 (reinado de D. José) – a qual, disciplinando as fontes de Direito do Reino, fazia depender da juridicidade do costume i) de uma antiguidade de 100 anos; ii) da sua racionalidade e iii) da circunstância de não ser contrário à lei.

Atualmente, este requisito é defendido essencialmente por **Galvão Telles** e **Menezes Cordeiro**.

Para o primeiro Autor o uso, elemento material do costume, deve não só ser geral, como racional; esclarece, no entanto, que não emprega a expressão no sentido que lhe era dado pela Lei da Boa Razão, pretendendo antes referenciar que se “ *deve tratar de uma prática não contrária à natureza física ou moral dos homens e aos princípios superiores de justiça – em síntese, uma prática não reprovável ou censurável, ou, como diz o artigo 3.º do Código Civil, não contrária aos princípios da boa fé*” dando como exemplos usos iníquos, imorais ou delituosos de uma associação de malfeitores, os quais não poderiam ser juridicamente relevantes.

Menezes Cordeiro adere a este requisito como um “terceiro requisito do costume”, embora lhe dê ainda um sentido mais delimitado: o costume tem que ser compatível com o Direito no seu todo (quer dizer: com o sistema jurídico), isto é, terá que ser reconduzível a uma harmonia de conjunto, dando corpo a princípios gerais. Portanto: joga-se aqui, essencialmente, uma ideia de harmonia e compatibilidade com o sistema, que é particularmente cara ao pensamento do Autor.

Por seu turno, **Oliveira Ascensão** e **Vieira Cura** rejeitam esta exigência como requisito autónomo do costume, vendo-a comprometida com outros tempos históricos (**Oliveira Ascensão**) e estranhando que os Autores que a proclamam, não o façam também em relação à lei (**O. Ascensão, Vieira Cura**). Para Ascensão, este requisito só pode entender-se como uma exigência de Justiça (parece, aqui, não andar muito longe do pensamento de **Galvão Telles**) ainda que não específica do costume, mas dirigida também à lei (razão pela qual, não seria um requisito autónomo). De resto, ela até teria, base legal no Código Civil português (ao exigir-se a racionalidade dos usos (cf. 3º/1) que são o elemento fáctico do costume, também se exige a do costume, por maioria de razão, visto este ser mais intenso do que aqueles)⁷.

⁷ A ideia seria a seguinte: o que se exige para o menos, também se exige para o mais.

Note-se, contudo, que para quem considere lei e costume como fontes colocadas num mesmo patamar, as exigências da lei ao costume seriam irrelevantes.

VI – A expressão “reiterada” sugere que a prática social de onde arranca o costume não pode ser episódica ou intermitente; tem que se repetir durante um certo tempo na comunidade. Pergunta-se, no entanto, se não será necessária uma Antiguidade específica. **Freitas do Amaral** refere que a prática tem que durar “desde tempos imemoriais”, ou seja, é preciso que as pessoas vivas não consigam lembrar-se do momento em que ela começou a observar-se, antes tendo a convicção de que sempre foi assim.

Em termos históricos encontramos também referências neste sentido, grande parte delas avançando com a delimitação de um número de anos específico para que se formasse o costume (p. ex., a Lei da Boa Razão exigia que o costume fosse antigo de 100 anos).

Deste requisito dir-se-á que, a não ter arrimo legal (e a ter, esse arrimo de nada valerá se se considerar que o costume vale tanto como a lei e não tem que se subordinar a esta), será relativamente arbitrário, além de que a sua autonomia é discutível – pois que, ele parece mais um requisito que exprime o *quantum* de reiteração que uma prática social deve ter (conforme, de resto, é habitualmente visto), do que um *plus*, um requisito autónomo a acrescentar à prática social reiterada e à convicção subjetiva (conforme parece entender **Freitas do Amaral**, que aponta 3 elementos essenciais do costume: i) *corpus*, ii) duração e iii) *animus*).

VII – Em jeito de balanço, dir-se-á que, salvo algumas exceções, a imposição de requisitos adicionais ao costume trás consigo uma mal-escondida intenção de o condicionar e de dificultar a sua atendibilidade pelo que, normalmente, assentará numa orientação doutrinária que imporá a preferência da lei sobre ele.

2 – Modalidades de Costume

I – O costume pode ser objeto de várias classificações, que variam em função do critério adotado. Seguindo aproximadamente a linha expositiva de **Freitas do Amaral**⁸, vamos distinguir os seguintes:

- 1) De acordo com a sua **relação com a lei** poderemos ter:
 - a) Costume *secundum legem* – quando se verifica uma *relação de coincidência* (**Teixeira de Sousa**) entre uma norma legal e uma norma costumeira. Quer dizer: quando lei e costume dispõem no mesmo sentido. Nesta hipótese, o costume desempenhará apenas uma função declarativa da lei (**Teixeira de Sousa**). De acordo com **Menezes Cordeiro**, a generalidade das “boas leis” (isto é, das leis que espelham soluções consensualmente aceites pela comunidade) não se aplicam apenas por serem leis, mas por serem “dobradas” por costumes: de tal modo que as pessoas se sentem obrigadas a atuar de determinada maneira, ou sentem que é lícito fazê-lo porque existe uma prática social reiterada com convicção de obrigatoriedade nesse sentido, e não tanto por força da lei, que até podem desconhecer.

Assim, p. ex., a pessoa mais “inocente” sentirá que está obrigada a cumprir os contratos que celebra, mesmo desconhecendo o disposto no artigo 406.º CC; uma criança a quem se ofereça um brinquedo, sabe que o pode usar como entender porque é “seu”, embora nem sequer imagine que existe um artigo 1305.º do CC que confere ao proprietário a faculdade de uso da coisa...;

- b) Costume *praeter legem* – quando o costume é mais completo, vai além da lei embora não a contrarie. Haverá, portanto, entre lei e costume uma *relação de complementaridade* (**Teixeira de Sousa**) e a função deste poderá ser a de complementar aquela. Em termos técnico-jurídicos a doutrina discute então se ao complementar a lei o costume estará a integrar uma lacuna⁹ (neste sentido: **Galvão Telles de Sousa**,

⁸ Cf. FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 375 ss.

⁹ Basicamente, entende-se por lacuna a ausência de norma jurídica para regular um caso que deveria ser juridicamente regulado. Por exemplo: se uma lei prevê que os unidos de factos têm direito a suceder por morte ao outro unido mas não determina

contra, porém, **Teixeira de Sousa** e **Oliveira Ascensão**, com o argumento de que se há costume, então não há lacuna, pois que haverá regra assente em fonte vigente).

Exemplos:

- O costume segundo o qual se deve formar fila para se entrar num transporte público, o que a generalidade das pessoas sente como devido, apesar de nenhuma lei o determinar;
- O costume, muito consensual, de que o proprietário de um animal se deve responsabilizar pelos danos causados por este vai além da regra revelada pelo artigo 502.º CC, que parece ser mais restrita;
- O direito ao espetáculo (no sentido de direito a decidir sobre o seu funcionamento, como v.g., autorizar a gravação ou radiotransmissão de um espetáculo) conferido ao seu organizador, prática corrente no mundo do *show-biz* e consensualmente aceite, apesar de não estar prevista na lei;
- No plano constitucional (cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, *Constituição*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 145-146) v.g. a incompatibilidade do cargo de PR ou de membro do Governo com qualquer função pública ou privada, que a Constituição (a lei constitucional) não contempla;
- Em geral, em ramos de Direito onde falte enquadramento dado por outras fontes como v.g. no Direito Comercial ou no Direito Internacional. No plano do Direito do Comércio Internacional merece especial referência a chamada *Lex Mercatoria* que consiste num conjunto de práticas habitualmente seguidas no comércio internacional sobre matérias que nem a lei, nem Tratados celebrados entre os Estados, contemplam.

c) Costume *contra legem* – quando lei e costume se contrariam reciprocamente, quando a normal legal e a norma costumeira dispõem em diferentes sentidos. Haverá, então, entre costume e lei, uma *relação*

com que ordem relativamente aos outros sucessíveis há uma lacuna: a omissão impede a consecução prática dos propósitos subjacentes à própria lei.

de oposição (**Teixeira de Sousa**). Na exposição de **Teixeira de Sousa**, a formação de um costume *contra legem* poderá ocorrer (i) tanto quando se tenha consciência que está em vigor uma lei contrária, mas se siga, ainda assim, a prática reiterada (ex. das touradas de morte de Barrancos, que todos sabiam ser proibidas por lei apesar de os aficionados locais aceitarem como “jurídico” ou conforme ao Direito a sua realização), como quando (ii) se suponha erradamente que a lei contrária já não está em vigor.

Para quem considere o costume como fonte, a relevância de um costume *contra legem* será a de fazer cessar a vigência da lei, apesar do silêncio do legislador sobre este ponto (pois que, no artigo 7.º, o costume *contra legem* não é referido¹⁰). Contudo, a admissibilidade desta modalidade de costume é discutível e depende da posição que se adote na discussão sobre o “lugar” do costume na sua relação com a lei (cf. *infra*).

Exemplos:

- A prática dos duelos para resolver questões de “honra” que persistiram no tempo mesmo contra a lei, apesar de a marcha da História ter feito com que esta levasse a melhor;
- A prática da celebração dos chamados contratos de «colônia» no Arquipélago da Madeira, consagrada como um verdadeiro instituto jurídico (**Menezes Cordeiro**). A «colônia» era o contrato pelo qual uma pessoa (o *senhorio*) dá em exploração um terreno a outra (que toma o nome de *colono*) com o objetivo de o melhorar; os melhoramentos¹¹ ficariam em propriedade do colono, sendo transmissíveis por via sucessória e podendo ser alienadas. Se o senhorio pretendesse pôr cobro ao contrato, deveria pagar os

¹⁰ Esta omissão de referência também é controvertida pela doutrina: VIEIRA CURA defende que o artigo 7º / 1, interpretado *a contrario*, mostra que o legislador quis afastar esta causa de exclusão de vigência (portanto: manifestou a sua vontade no sentido de o costume não ser causa de cessação de vigência da lei, embora essa “vontade” valha apenas na medida da posição relativa que doutrinariamente se admita que a lei tenha em relação ao costume); já para TEIXEIRA DE SOUSA, essa omissão não só não é suficiente para recusar o carácter de fonte de Direito, como é ela que permite concluir que o costume é uma fonte imediata.

¹¹ Em sentido técnico-jurídico rigoroso, designam-se por “benfeitorias”.

melhoramentos feitos.¹² Esta figura foi sucessivamente proibida, primeiro pelo Código Civil e depois pela Constituição (cf. artigo 101º/2 da versão original da Constituição), ao qual se seguiram depois outros diplomas legislativos ordinários para dar concretização à norma constitucional. Apesar disso, foi persistindo, o que se demonstra pela circunstância de uma proibição não ter sido suficiente para lhe pôr cobro. Daqui, retira muita doutrina a “prova” do valor jurídico do costume e da possibilidade de afastar uma lei: as leis proibitivas, de facto, não “vingavam” perante uma prática social contrária;

- Os touros de morte em Barrancos – prática a que o próprio legislador cedeu, positivando na lei uma exceção para essa localidade;
- No plano constitucional (cf. **Jorge Miranda**, *op.cit.*, loc. cit.) p. ex., a prática de todos os Governos terem Ministros de Estado, com precedência sobre os outros Ministros, em violação do artigo 183.º CRP)¹³;

2) Quanto ao **tipo de normas que cria** - o costume poderá ser:

- *Internacional* – o costume ocupa um papel central enquanto fonte de Direito Internacional¹⁴, não só devido às fraquezas das fontes que assentam na “vontade” dos Estados – os Tratados, dada a dificuldade em vincular terceiros, a facilidade de desvinculação dos mesmo e a dificuldade em se obter consensos entre os Estados sobre determinadas matérias¹⁵ – como também porque, tendo em conta a débil institucionalização da Comunidade Internacional, não existe, como acontece no plano nacional com os Estados, uma entidade centralizada com funções de direção

¹² MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I cit., p. 569.

¹³ A Constituição prevê a figura do vice-primeiro-ministro mas ela já há muito não é usada. Normalmente há um Ministro de Estado que assume as funções de “número 2” do Governo.

¹⁴ Para alguns Autores, como v.g. Eduardo Correia Baptista, é mesmo a principal fonte de Direito Internacional. Cf. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, *Conceito e Fontes*, Lex, Lisboa, 1997, p. 75.

¹⁵ Cf. CORREIA BAPTISTA, *op. cit.*, loc. cit.

da comunidade, nomeadamente através da criação de regras jurídicas.

Exemplos: regra *pacta sunt servanda* [trad. “os acordos devem ser cumpridos”]; é um aforismo que também existe no Direito de Fonte Interna, nomeadamente no Direito Civil] no domínio dos Tratados e Convénios Internacionais; a norma que confere direito de passagem entre um território principal e os “enclaves” situados dentro de território de outro Estado, como v.g. o direito de passagem reconhecido pelo Tribunal Internacional de Justiça em 1960, do território de Goa (que era então território do Estado Português) para os enclaves de Dadrá e Nagar-Aveli, situados na então União Indiana, etc.

- *Constitucional* – A admissibilidade do costume constitucional é (podemos dizer) uma rúbrica de discussão autónoma do Direito Constitucional, embora os “ingredientes” dessa discussão não sejam muito diferentes dos que se verificam, em geral, na Teoria do Direito.

Exemplos: a desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votadas em Comissão, ao contrário do que resulta do artigo 168º/3 CRP; a categoria de Ministro de Estado, com precedência sobre os demais Ministros, contra o disposto no artigo 183.º CRP, todos exemplos de costume contra *legem* ou, mais rigorosamente, costume contra *constitutionem*).¹⁶;

- *Administrativo* – exemplo costume de conceder a todos os órgãos administrativos colegais o poder de se auto-organizarem através de regimentos; alguns costumes universitários como, v.g., o chamado “voto de Minerva”, nos termos do qual, em caso de dúvida ou empate na votação de um júri académico, se decide em favor do aluno (Minerva, deusa da Sabedoria, desceria à Terra e votaria a favor do aluno para desempatar);

¹⁶ Segundo JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, *Constituição*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 146.

- Penal, Civil, Comercial, Laboral, etc (sempre que em função do ramo de Direito que atinja).

3) Quanto ao **âmbito territorial** – podemos distinguir:

- *Internacional* – os que cria normas aplicáveis à comunidade internacional;
- *Nacional* – cria normas aplicáveis ao território nacional
- *Regional* – cria normas aplicáveis às RA's;
- *Local* – cria normas aplicáveis a uma certa localidade;
- *Institucional* – cria normas aplicáveis a determinadas instituições.

3 – Uso e costume

I – A distinção entre costume e uso assenta na circunstância de o primeiro se limitar à componente fáctica, à prática social reiterada, sem lhe acrescer qualquer convicção subjetiva jurígena. É por isso que ele não cria nenhuma regra jurídica vinculativa e que não se impõe “por si próprio”. Em coerência com esta ideia, o nosso Código Civil vem, no seu artigo 3.º, impor requisitos específicos para a atendibilidade dos usos – donde resulta a sua consagração como uma fonte meramente mediata de Direito.

II – Modalidade específica de uso é o chamado *desuso* que consiste numa prática social reiterada contrária à lei; i.e., uma prática de inobservância de uma regra legal [ex. (i) estacionar em cima dos passeios, quando a lei o proíbe; (ii) ser apenas a cónjuge mulher a adotar o nome do marido, quando o artigo 1677.º/1 CC permite que qualquer dos cônjuges

possa adotar o nome do outro, etc]¹⁷. Justamente por que lhe falta a convicção subjetiva jurígena, um mero desuso nunca fará cessar a vigência de uma lei, por mais repetido e reiterado que seja.

4 – Relevância do costume enquanto fonte de Direito em Portugal

O problema da admissibilidade do costume enquanto fonte de Direito coenvolve duas questões específicas: i) a questão de saber, se o costume é ou não, propriamente uma fonte de Direito; ii) e, em caso de resposta afirmativa à questão anterior, que posição relativa ocupará ele em relação à lei.

Trata-se de uma matéria altamente complexa, que só será apreendida na sua plenitude, se se estabelecer, à partida, um conjunto fundamental de distinções:

- a) Assim, uma coisa é a relevância que a própria lei (neste caso: o Código Civil) dá ao costume enquanto fonte; outra, bem diferente, a relevância que lhe dá a doutrina. Em qualquer caso, a importância a dar à posição adotada pela lei sobre o costume só é relevante em face de algumas posições doutrinárias (das posições que entendem que a lei é a principal fonte de Direito e a medida de admissibilidade de todas as outras), ao passo que a interpretação dessa posição está ela própria sujeita a divergências doutrinárias [4.1];
- b) Por outro lado, não há como confundir a discussão sobre a legitimidade do costume enquanto fonte (que se resume na pergunta: pode o costume ser fonte?) com a discussão sobre a sua relevância prática, atualmente, enquanto fonte (que se resume na pergunta: é, na prática, atualmente o costume fonte?), quase na lógica de uma distinção entre “dever-ser” e “ser”; [4.2.]
- c) Finalmente, de um lado temos o que foi ou tem sido o papel do costume enquanto fonte e mesmo o que doutrinariamente ou filosoficamente lhe tem sido reconhecido; de outro o que Estado tem querido, ao longo dos tempos, que seja esse papel. No primeiro ponto temos uma questão de Teoria do Direito ou de Sociologia do Direito; no segundo uma questão de História do Direito e de História do Estado [4.3.]

¹⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit., p. 157.

Vejamos cada uma destas questões separadamente – respetivamente nos pontos 4.1, 4.2 e 4.3.

4.1 – Relevância legal e relevância doutrinária do costume

a) Relevância legal

I – O Código Civil não refere expressamente o costume enquanto fonte de Direito na enumeração das fontes de Direito que consta dos artigos 1.º e seguintes, nem tão pouco a propósito das regras de cessação de vigência ou integração de lacunas da lei, onde tanto o costume *contra legem*, como o *praeter legem* poderiam jogar um papel importante¹⁸. A omissão é digna de nota, mas por certo não seria tão inquietante ou debatida se não se tratasse de uma fonte cuja admissibilidade e o alcance tem sido tão discutida ao longo dos anos, de uma fonte tão impregnada de controvérsias ideológicas, valorativas ou jusfilosóficas (de resto, porque não estão aí referidas todas as fontes, faltando, designadamente fontes externas, como os Tratados ou, em geral, as fontes de Direito Europeu, seja primário, seja derivado). A esta circunstância, haverá que juntar uma outra igualmente sugestiva, que resulta do facto de o Código ter sido aprovado na vigência de um Regime Autoritário, naturalmente suspeito de procurar fortalecer o poder do Estado, nomeadamente através da tentativa de “debilitação” de fontes que, arrancando da comunidade, como o costume, o possam pôr em causa.

Lendo-se os textos de **Manuel de Andrade e Vaz Serra**, diretamente envolvidos na preparação do Código percebe-se, não só que a omissão foi intencional¹⁹, como que ela esconde mesmo uma posição de princípio algo desfavorável ao costume – como, à partida poderíamos suspeitar.

¹⁸ Desvalorizando a omissão nesses preceitos, cf., entre outros, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit., p. 158.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I cit., p. 566, apresenta a mesma conclusão.

II – Contudo, o Código não é indiferente ao costume, referindo-se-lhe em diversas disposições – a que se vêm juntar outras referências contidas noutros diplomas.

Particularmente controverso vem a ser o artigo 348.º CC – onde, muito simplificada, se dispõe que uma parte que, em tribunal, invocar direito consuetudinário (direito costumeiro) com o objetivo de a causa ser resolvido na base da aplicação desse mesmo direito, deve provar a sua existência e o seu conteúdo, muito embora o tribunal tenha, por si só, que desenvolver um certo esforço para procurar conhecê-lo²⁰.

Esta disposição, central para se “tomar o pulso” à posição do legislador de 1966 sobre o costume, pode ser objeto de, pelo menos, duas interpretações:

- Pode sustentar-se que ela consagra verdadeiramente o costume como fonte de Direito, eventualmente em lugar equiparável ao da Lei. Esta é a posição de **Freitas do Amaral**, que faz dos artigos 348.º/2 e 3 a seguinte interpretação: se o tribunal souber, por si próprio, que existe um costume sobre determinada matéria, está obrigado a procurar conhecer o seu conteúdo e obrigado a aplica-lo, só podendo, nos termos do artigo 348.º/3, deixar de decidir segundo o costume, e aplicar a lei, se o costume não existir ou não for possível apurar o seu conteúdo. Com base numa *interpretação atualista* destes preceitos, o Professor afirma então que, à face do Código, Costume e Lei seriam duas fontes de direito primárias e colocadas ao mesmo nível;

²⁰ Em processo civil, as partes têm o ónus (quer dizer: “devem” fazê-lo sob pena de não se o fizerem não obterem o que pretendem (ganho de causa), embora não sejam sancionados por isso) de provar os factos em que alicerçam os seus direitos (é o chamado **ónus da prova** previsto no artigo 342.º do CC) e o Tribunal cingir-se-á à apreciação desses factos (verificando se eles “existiram” ou não, isto é, dando-os ou não como provados) e aplicando-lhes o Direito (que se parte do princípio que conhece, não tendo que ser invocado). Portanto, não poderá conhecer outros factos que não tenham sido alegados pelas partes (a isto se chamada, em Processo Civil, o «**princípio dispositivo**») com algumas exceções bem limitadas – p. ex. poderá conhecer oficiosamente, i.e., por iniciativa sua, factos notórios, como p. ex. datas históricas.

Ora, aqui não é exatamente assim: as partes invocam a existência do costume, mas o Tribunal deve esforçar-se por, oficiosamente, averiguar se ele existe ou não (artigo 348.º/1) – pelo que o Prof. JOSÉ ALBERTO DOS REIS fala aqui, ao contrário do que acontece no artigo 342.º, num «ónus atenuado». De notar que, como explica o Prof. OLIVEIRA ASCENSÃO, o que se deve provar é a fonte (o costume) não a regra costumeira ou consuetudinária que dele se extrai.

O artigo 348.º/2 consagra mesmo uma hipótese em que o tribunal deve procurar conhecer o costume, mesmo sem que nenhuma das partes o tenha invocado.

- Em alternativa, poderá defender-se que o preceito se aplica à alegação e prova do costume, mas só quando ele for considerado relevante. Ou seja: o artigo 348.º não reconheceria genericamente o costume como fonte, apenas regularia a forma como são aplicados costumes que sejam reconhecidos, p. ex., por outras normas (assim, p. ex., um costume em matéria de divisão das águas, onde esta fonte é considerada relevante pelo artigo 1400.º CC²¹). **Oliveira Ascensão** coloca esta possibilidade de interpretação, embora não se comprometa com ela (para o Autor seria necessária uma análise mais rigorosa e exaustiva do Código para se apurar a sua posição – análise essa que é afinal inócua, posto que é irrelevante o que determina a lei sobre a relevância do costume).

De todo o modo, grande parte dos Autores, pelo menos dos que defendem a relevância do costume enquanto fonte primária, ao mesmo nível da lei, não dedicam especial atenção às implicações do artigo 348.º nem à de outros normativos, limitando-se a reconhecer que o CC reconhece a existência do costume. E compreende-se porquê: na sua linha de pensamento essa análise seria desnecessária, porque o costume impor-se-ia por si próprio.

III – Fora o artigo 348.º, encontramos ainda uma série de focos legais de relevância do “costume” (embora a doutrina discuta se estará aí em causa um verdadeiro costume ou um mero “uso”):

- Nos artigos 1400.º, 1401.º e 737.º/1 a) do CC;
- Nas regras de Direito Internacional Privado que permitem a aplicação, em Portugal, de direito estrangeiro (pois esse Direito pode incluir direito costumeiro);
- Relativamente ao costume canónico, pela via do artigo 1625.º CC, que atribui competência aos tribunais Canónicos. O reconhecimento do costume advém da circunstância de esses

²¹ Há quem considere (**Oliveira Ascensão**), porém, que aí não está em causa um verdadeiro costume, por lhe faltar a generalidade própria de qualquer regra jurídica (seria uma prática de sujeitos determinados). Maria Luísa Duarte contrapõe que haveria uma «generalidade sucessiva».

Tribunais aplicarem Direito Canônico e de algum desse Direito ser costumeiro;

- Na lei dos Baldios (Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro). Baldios são terrenos sem proprietário que são explorados pelos vizinhos; discute-se, porém, se aqui haverá verdadeiro costume (em sentido afirmativo: Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro; diferentemente, Cabral de Moncada e Vieira Cura veem aqui o costume não como fonte de direito objetivo, mas de direitos subjetivos).

De resto, é inequívoco que o costume internacional é fonte de Direito, posto que ele é expressamente recebido na ordem jurídica portuguesa por via do artigo 8.º/1 CRP.

b) Relevância doutrinária

I – A discussão doutrinária sobre o costume é centenária (e talvez mesmo milenar). No essencial, reconhece-se a sua relevância enquanto fonte, em tese geral; o que se pergunta é pelo seu fundamento de obrigatoriedade (isto é, o que é o torna vinculativo? o que é que faz com que tenha de ser respeitado? Em que é que se funda?). Depois, em função da tese que se defenda, concluir-se-á que posição relativa ele ocupa face à lei e que modalidades de costume são admissíveis.

Recorrendo à síntese de Maria Luísa Duarte²², podemos encontrar duas grandes teses:

- O costume tem como fundamento a vontade do Estado;
- O costume tem como fundamento a vontade da comunidade;

II – Para a primeira tese, o Estado, enquanto comunidade organizada, é a entidade por excelência produtora de Direito e apenas ele pode reconhecer a existência de outras fontes, como é o caso do costume. Esse reconhecimento poderia ser *expresso* (como sucede p. ex. no artigo 1400.º CC) ou *tácito* – se resultante da circunstância de o Estado conhecendo o costume, a a ele não se opor, como poderia fazer.

²² Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito. Sumários Desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2003, p. 182.

Quando se fala de reconhecimento expresso, parece que o reconhecimento pelo Estado é, no fundo, subordinação do costume à lei (Vieira Cura): a haver reconhecimento, numa lógica de separação de poderes, ele competiria à função legislativa e seria feito sob a forma externa de lei. Ora, se é a lei que reconhece o costume e impõe parâmetros à sua admissibilidade, forçoso será concluir que ela se situa acima dele,²³ sendo, portanto, o costume uma fonte mediata, que tinha na lei a medida da sua admissibilidade. Por essa mesma razão, para esta corrente o costume *contra legem* seria inatendível.

Para **Vieira Cura**, todas os Autores que impõem a verificação de requisitos adicionais ao costume podem arrumar-se nesta orientação doutrinária, pois que, de um ou de outro modo, as suas posições acabam por pressupor uma prevalência da lei sobre o costume.²⁴ Assim, poderemos aqui incluir, entre outras, as posições de **Galvão Telles** (numa versão inicial), **Pires de Lima/Antunes Varela e Cabral de Moncada**, numa doutrina a chamaríamos “tradicional”, por certo influenciada pelo positivismo legalista.

Da tese do consentimento tácito poderá dizer-se outro tanto: o legislador (Estadual) consentiria tacitamente nos costumes que não proibisse, ou sobre os quais não se pronunciasse, razão pela qual o costume *contra legem* não seria atendível (pois aí o legislador tinha-se pronunciado: criando uma regra de sentido contrário). Esta teoria era utilizada, p. ex., em Portugal na Idade Média para fundamentar a vigência do costume (ele contava com o consentimento tácito do Rei – *consensus legislatoris* tácito). No entanto, ao pressupor que o legislador conhece todos os costumes, ela acaba por assentar em bases irrealistas.

III – Em plano diametralmente oposto, encontram-se as teorias que encontram o fundamento do costume na vontade da comunidade. Especialmente digna de menção a este nível é a chamada Escola Histórica, cujo principal corifeu foi o jurista alemão Savigny. A Escola Histórica é uma

²³ Cf. VIEIRA CURA (p. 246) sublinha isto mesmo, criticando (por incoerência) a anterior posição de Galvão Telles, que admitia que o costume tem na lei a medida da sua admissibilidade, mas estava, por princípio, no mesmo plano que ela.

²⁴ Em relação ao reconhecimento Estadual porque ele só pode ser feito por lei; quanto à aplicação pelos órgãos públicos, porque esses órgãos só aplicam o que passar no “filtro” da lei; por último, quanto à racionalidade (embora o Autor não o afirma expressamente, mas parece ser isto que se depreende do seu pensamento) porque, ao exigir-se ao costume e não à lei, estaria aqui patente um preconceito em relação àquele.

corrente jusfilosófica de finais do século XVIII e início do século XIX que, concomitante do Romantismo, e na linha do seu nacionalismo,²⁵ identifica o Direito com a cultura e os valores de um povo, com a sua consciência coletiva, que poderia evoluir.²⁶ Diz-se mesmo que o Direito corresponde ao “espírito do povo” (*volksgeist*) e, por isso, o costume, sendo a sua principal expressão, era uma fonte privilegiada. Opondo-se à rigidez da Codificação (é, a este propósito, conhecida a célebre controvérsia entre Savigny e Thibaut) veio, contudo, a perder terreno com a sua generalização.

Em termos mais gerais, e utilizando a terminologia de **Freitas do Amaral**, podemos falar aqui numa *tese pluralista*, que assentaria nos seguintes postulados:

- A delimitação do que sejam fontes de Direito, não é “competência” do legislador, mas da Ciência do Direito;
- O ordenamento jurídico compreende várias fontes;
- Dentro dele, a lei não ocupa qualquer papel exclusivo, ou sequer de monopólio;
- Lei e costume coexistem, lado a lado, como fontes que valem o mesmo: em situação de confronto, por vezes prevalece uma, por vezes outra.

Esta maneira de ver as coisas é hoje maioritária na doutrina portuguesa e encontra eco em nomes como **Batista Machado**, **Oliveira Ascensão**, **Teixeira de Sousa**, **Menezes Cordeiro**, **Vieira Cura**, **Castro Mendes** ou **Diogo Freitas do Amaral**. Também **Galvão Telles**, inicialmente defensor da tese contrária, parece ter aderido a esta orientação, embora continue a exigir o requisito da racionalidade (não se encontrando, por isso, ao mesmo “nível” de outros Autores).

Para estes Autores, o costume tinha uma legitimidade própria que lhe advém da circunstância de ser criado pela Comunidade²⁷. Assim, na observação da sua relação com a lei, deveríamos adotar uma posição imparcial

²⁵ O romantismo caracteriza-se, como sabemos, por uma forte componente nacionalista: valoriza-se a identidade nacional e a História e a cultura dos povos. Por isso, neste período, o romance histórico floresceu.

²⁶ Opõe-se, assim, a um Direito Natural “ideal”, intemporal e imutável, a que o direito positivo deveria corresponder, conforme defendem as correntes jusnaturalistas.

²⁷ Freitas do Amaral fundamenta o costume da seguinte forma: tanto costume como lei, em Democracia, resultavam da vontade do povo – num caso exercida diretamente, noutra através de representantes. A proveniência direta do povo até daria mais legitimidade ao costume.

(Castro Mendes): não perguntar a nenhuma das fontes pela admissibilidade da outra, mas analisar (se se quiser, empiricamente) o que é que a consciência das pessoas sente como Direito e o que é efetivamente aplicado como tal na sociedade. Ora, essa observação documenta precisamente a existência de regras seguidas que vão além da lei e mesmo que a contrariam, muitas vezes apesar dos esforços desta para se impor. Neste sentido, lei e costume estariam, na prática, colocados no mesmo patamar e poderiam reciprocamente fazer cessar a vigência um do outro: só olhando aos casos concretos, se poderá ver qual das fontes prevalece; de qualquer modo, o conflito entre costume e lei não seria suscetível de ser resolvido por critérios jurídicos – seria um *conflito político* (**Freitas do Amaral**) de que poderia sair vencedor qualquer um dos contendores.

O costume *contra legem* seria admissível: ver se a lei o consegue erradicar, ou se ele consegue eliminar a lei é algo que, como referido, só no caso concreto se poderia apurar.

De notar que colocar-se o costume ao mesmo nível da lei, não significa colocá-lo ao mesmo nível da Constituição, pelo que, mesmo quem defenda esta orientação, não deixará de reconhecer a ilegitimidade do costume face a matéria em que a Constituição imponha reserva de lei (isto é, matérias que a Constituição exija que sejam tratadas por lei): cf., p. ex., artigos 29.º/1, 18.º/2, 103.º/2.

Aí, só seria possível uma regulamentação por costume, se se formasse um costume constitucional que o permitisse.

IV – Esta discussão poderá ser infinita, pois todos os argumentos invocados são reciprocamente refutáveis: assim, p. ex., dir-se-á que uma lei sucessivamente desobedecida, se não revogada, continua em vigor e a qualquer momento pode habilitar a intervenção dos poderes públicos no sentido de garantir o seu cumprimento. No entanto, afirmar a vigência de uma lei que não tenha qualquer eficácia prática (que não seja aplicada) pode ter algo de artificial, além de que, muitas vezes, é o próprio legislador que “reconhece” ter sido derrotado pelo costume (claro: pelo *contra legem*), repetindo a proibição (como aconteceu com a Colônia na RA da Madeira) ou acolhendo a regra costumeira contrária (como aconteceu com os touros de morte de Barrancos).

4.2. – Importância do costume na sociedade atual

Uma coisa é dizer-se que o costume pode ser fonte de Direito; outra bem diferente que ele o é (ou é com especial profusão) na prática. De facto, nas sociedades desenvolvidas ocidentais, sobretudo nos sistemas de *Civil Law* (pois que, nos de *Common Law* ainda permanece extremamente importante) o costume é uma fonte com pouca expressão, tendo a maioria das regras jurídicas origem legal (a lei adequa-se mais facilmente à complexidade e à mutabilidade das sociedades desenvolvidas e tecnológicas, que exigem resposta pronta a questões multifacetadas, o que não se coaduna com uma fonte de formação lenta e espontânea). Mas não foi assim no passado dos países desenvolvidos, e não é assim atualmente em muitos Estados do chamado “Terceiro Mundo” (como p. ex. nos da África ao Sul do Saara) onde o costume ainda é mais importante, em termos práticos do que a lei.

4.3. – O costume na História do Direito e do Estado

I – Independentemente de qualquer discussão filosófica, é inegável que o costume era a principal fonte de Direito das sociedades primitivas e o foi também na Idade Média. Tal devia-se, não só ao facto de a população, maioritariamente analfabeta, não ter acesso a fontes escritas (designadamente, ao Direito Romano), mas, sobretudo, à circunstância de com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C.) inexistir uma entidade política com poderes centralizados.²⁸

II – A partir do momento em que se entra numa fase de centralização do poder régio e institucionalização do Estado (processo que, em Portugal, atinge o apogeu no reinado de D. José, com o Marquês de Pombal) o costume, enquanto fonte de Direito, é fortemente combatido, sobretudo pela via da tentativa de subordinação do mesmo a alguns requisitos legais, muitos dos quais de difícil verificação (como sucedeu, v.g., na Lei da Boa Razão). Se o Estado se procura afirmar como uma Autoridade centralizada, com o monopólio da condução dos destinos de uma Comunidade, teria evidentemente que controlar a produção de regras jurídicas (principal modo de “guiar” o povo), através da fonte que domina (a Lei) pelo que, a persistência de

²⁸ Não obstante algumas tentativas, como o Sacro Império Romano-Germânico.

modos de criação do Direito que ele não dominasse (costume), nem na sua formação, nem no seu conteúdo, comprometeria esse desiderato. Daí a batalha contra o costume: apenas prática, justificada pela necessidade da sua afirmação, despida, por isso, de quaisquer considerações jusfilosóficas.