

DIOGO FREITAS DO AMARAL
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

UNIVERSIDADE LISBOA DE LISBOA
AQUISIÇÃO
DIVISÃO DE DOCUMENTAÇÃO,
INFORMAÇÃO E INVESTIGAÇÃO

MANUAL
DE
INTRODUÇÃO AO DIREITO
VOLUME I

Com a colaboração de
Ravi Afonso Pereira

AMA
340
12
(075.8)

199831/1
ULL


ALMEDINA

Principais Obras Jurídicas do Autor

- A utilização do domínio público pelas particulares*, Coimbra, 1965.
A execução das sentenças dos tribunais administrativos, Lisboa, 1967.
Conceito e natureza do recurso hierárquico, Coimbra, 1983.
Comentário à lei dos terrenos do domínio hídrico (com José Pedro Fernandes), Coimbra, 1978.
Curso de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1987; 2ª ed., 1994.
Curso de Direito Administrativo, vol. II (com a colaboração de Lino Torgal), Coimbra, 2002.
História das Ideias Políticas, vol. I, Coimbra, 2000; vol. II (apontamentos), Lisboa, 1998.
Código do Procedimento Administrativo anotado (em colaboração), Coimbra, 1993; 2ª ed., 1997; 3ª ed., 1997; 4ª ed., 2003.
Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (com Lino Torgal), Coimbra, 2002.
Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo (com Mário Aroso de Almeida), Coimbra, 3ª ed., 2004.
Estudos de Direito Público e matérias afins, 2 vols., Coimbra, 2004.

e tendo passado em 1945 a ser muito mais numerosos os “decretos-leis” do Governo do que as “leis” parlamentares, isso não significará que a teoria clássica das fontes foi uma manifestação lógica e coerente do tipo de “Estado autoritário” que vigorou em Portugal de 1926 até 1974?

2 – E sendo a doutrina jurídica portuguesa, nessa época, sobretudo influenciada pela doutrina italiana do tempo do fascismo de Mussolini, não terá sido esta que marcou profundamente os juristas portugueses, muitos deles porventura sem perceberem em que tipo de ideologia política se filiava a doutrina jurídica que perfilhavam?

3 – E terá sido por acaso que as primeiras críticas à teoria clássica se afirmaram com pujança após o 25 de Abril de 1974?

4 – Por que razões concretas era o costume excluído das fontes actuais do Direito pela teoria clássica?

5 – E por que razões se empenhava tanto a teoria clássica em negar qualquer valor jurídico criativo à Jurisprudência dos tribunais?

6 – Como se explicará que o CC de 1966, elaborado e aprovado predominantemente por jusnaturalistas confessos, tenha suprimido qualquer referência ao Direito Natural, e tenha consagrado o mais completo positivismo estatizante em matéria de fontes do Direito?

7 – Por que razões será a nova teoria das fontes exposta neste *Manual* menos estatizante e mais pluralista do que a teoria clássica?

8 – Concorda com o argumento de que a *lei*, sendo apenas um dos tipos de fontes do Direito, não tem legitimidade para regular unilateralmente todos os outros tipos de fontes? Porquê?

9 – Qual a diferença entre o Direito legislado (“*law in the books*”) e o Direito realmente vivido (“*law in action*”)?

10 – Quem desempenha o papel mais importante na elaboração de uma correcta teoria das fontes do Direito: a Sociologia Jurídica ou a Ciência do Direito?

11 – Se a resposta à pergunta anterior tiver sido “ambas”, qual o papel e o peso específico de cada uma delas na tarefa conjunta que desempenham?

12 – Qual o significado filosófico e sociológico da frase de Hamlet citada no texto (n.º 76)?

13 – Concorda com a posição de estudar a Jurisprudência apenas depois do Costume, da Lei e da Doutrina?

14 – Terá razão o Professor Baptista Machado em afirmar que ninguém aceitaria hoje a validade da decisão maioritária de entregar o poder a um chefe?

15 – Consegue encontrar algum outro exemplo que exprima a ideia de que a validade do Direito se funda em princípios regulativos superiores?

Capítulo 18

I – O CÓSTUME

79. Noção e elementos

O “costume” é a *prática habitualmente seguida, desde tempos imemoriais, por todo o Povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adoptar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo Direito*.

Os elementos essenciais do costume são, pois:

- a) O *corpus**: é a prática habitualmente seguida;
- b) A *duração*: é o período de tempo necessário para que o costume seja fonte do Direito. A Lei da Boa Razão (1769, do Marquês de Pombal) exigia 100 anos como duração mínima; mas essa lei foi revogada – como toda a legislação do Estado Absoluto – pela instauração entre nós do Estado Liberal (desde 1820). O requisito actual é o de que o costume, para ser fonte do Direito, tem de durar *desde tempos imemoriais*, isto é, exige-se que a memória dos homens vivos em dado momento não recorde quando começou a prática habitual, antes possa assegurar que todos se lembram de que sempre foi assim;

c) O *animus**: é a convicção, por parte de quem conhece e adopta um costume, de que essa prática habitualmente seguida é imposta ou permitida pelo Direito. Os juristas romanos exprimiam este elemento integrante da noção de costume através da fórmula *opinio juris vel necessitatis* [convicção da obrigatoriedade ou da licitude jurídica de certa prática]. A maioria dos autores fala apenas em

“convicção da obrigatoriedade”; mas isso é incorrecto, pois equivale a esquecer que há costumes que não impõem nenhuma obrigação: apenas permitem, como actividade lícita, uma certa prática. Daí a nossa preferência pela expressão “obrigatoriedade ou licitude”.

Esta é a noção actual (e tradicional) do costume como fonte do Direito. Já os juristas romanos diziam que *consuetudinis jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* ⁽¹⁾. Ou, na requintada definição do grande juriconsulto Ulpiano, o costume é o *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* ⁽²⁾.

O costume distingue-se dos meros usos, ou usos sociais, porque nestes falta o elemento do *animus* – a convicção da obrigatoriedade ou licitude de uma certa prática habitual. Mas, como dissemos (e adiante explicaremos melhor), se há usos sociais que não têm qualquer relevância jurídica – por ex., o dever de cortesia que impõe que toda a carta tenha resposta –, já outros usos sociais podem ser juridicamente relevantes (obrigatórios, lícitos ou, simplesmente, atendíveis).

Tenha-se presente, por último, que para o costume ser fonte do Direito é necessário que a norma jurídica por ele criada seja dotada de uma sanção para o caso de ser violada. Em regra, a sanção não consta da prática habitualmente seguida, mas há casos em que de facto consta (v. *infra*, o que dizemos sobre o “quarto de hora académico”). Na Idade Média, o Rei tinha a faculdade de escolher, de sua livre vontade, qual a sanção a aplicar a quem violasse um costume em vigor. Na maioria dos casos, todavia, era a própria população que, num gesto de justiça popular, escolhia e aplicava, ela mesma, a sanção tida por mais apropriada (morte, prisão, expulsão da cidade ou da aldeia, etc.). A violação de um *costume internacional* permite, de imediato, aplicar qualquer das sanções que o Direito Internacional prevê – diplomáticas, políticas, económicas ou, em último caso, militares.

⁽¹⁾ Considera-se ser direito consuetudinário aquilo que a antiguidade aprovou, pela vontade de todos, sem intervenção da lei.

⁽²⁾ O costume é o consenso tácito do povo arreigado por um longo uso.

80. Espécies de costumes

a) Atendendo ao *tipo de normas* que criam, os costumes podem ser internacionais, constitucionais, administrativos, penais, civis, comerciais, etc.

b) Pelo critério do respectivo *âmbito territorial*, os costumes podem ser:

- *Internacionais*, quando criam normas aplicáveis a toda a comunidade internacional (por ex., *pacta sunt servanda**) ou a parte dela;
- *Nacionais*, quando criam normas aplicáveis a todo o território nacional (por ex., em Democracia, a Oposição que ganha as eleições tem o direito de assumir o Poder);
- *Regionais e locais*, quando criam normas aplicáveis a uma determinada região (por ex., nos Açores e na Madeira, os dias 26 de Dezembro e 2 de Janeiro são há muito feriados, por direito consuetudinário, só recentemente – e escusadamente – consagrado em diploma regional), ou a uma certa localidade (por ex., as tradicionais touradas de Barrancos, com morte do touro);
- *Institucionais*, quando criam normas aplicáveis a certas e determinadas instituições (os costumes constitucionais, os costumes administrativos, os costumes universitários, etc.). Um bom exemplo de costume universitário é o do chamado “quarto de hora académico”, que permite começar uma aula ou iniciar um doutoramento até 15 minutos depois da hora oficialmente marcada, ou impõe o início das reuniões dos órgãos universitários ao fim de 15 minutos de espera, marcando-se falta a quem não chegar dentro do quarto de hora de tolerância (a marcação de falta é uma *sanção* que a própria norma consuetudinária prevê).

mação do Estado soberano: é ela, na fase actual, a *única* fonte primária do Direito. O costume só poderá ser, quando muito – e em raros casos – uma fonte secundária, subordinada à lei: os cidadãos e os tribunais só deverão obediência ao costume se, e na medida em que, ele for mandado observar pela lei (como sucede, por ex., com os artigos 1400º e 1401º do CC, sobre o regime de divisão das águas fruídas em comum, em propriedades rústicas);

b) *A teoria pluralista*: o ordenamento jurídico compreende um conjunto variado de fontes do Direito; a lei não goza, a esse respeito, de nenhum monopólio; o costume pode ser, e é, fonte primária do direito, ainda que, em Portugal e noutros países europeus, o seja hoje em menor medida do que outrora. Mas há outros países, noutras latitudes (por ex., os países da África ao Sul do Saara), em que o costume continua a ser mais importante do que a lei. Em qualquer caso – quer seja no Ocidente industrializado, quer seja no Terceiro Mundo agrário e em vias de desenvolvimento –, as duas fontes primárias coexistem ao lado uma da outra: mais leis do que costumes no primeiro; mais costumes do que leis no segundo; mas, tanto num como noutro, costume e lei são, ambos, fontes do Direito ⁽¹⁹⁾.

Pela parte que nos toca – e por tudo quanto já deixámos dito até aqui –, aderimos sem hesitar à segunda teoria. Pelas seguintes razões:

- O costume é pacificamente aceite como fonte do Direito Internacional;
- O costume é a principal fonte do Direito nos países em vias de desenvolvimento, designadamente os da África ao Sul do Saara, incluindo os PALOP's;
- Em Portugal, hoje, a observação da realidade do Direito vivo e praticado mostra a existência, em número apreciável, de diversos costumes, mais no âmbito do direito público do que

⁽¹⁹⁾ Já era este o entendimento prevalecente no Direito Romano: *consuetudo parem vim habet ut lex* [o costume tem a mesma força que a lei].

no do direito privado e, dentro deste, mais no seio do Direito Comercial do que no do Direito Civil;

– Numa concepção pluralista do Direito e do Estado, não há apenas um ordenamento jurídico (o do Estado), mas vários outros, tanto supra-estaduais como infra-estaduais. E, mesmo no seio do ordenamento do Estado, não há nem deve haver qualquer monopólio da lei como fonte do Direito, coexistindo com ela o costume e várias outras fontes, que estudaremos mais adiante;

– O costume tem, em princípio (se não ofender a ordem pública nem os direitos fundamentais), maior legitimidade democrática do que a lei, porquanto provém do Povo – único titular da soberania –, enquanto a lei emana dos representantes ou delegados do Povo. Ora, o elegante tem mais autoridade e legitimidade do que o delegado;

– É bom e sadio que o costume seja também fonte do Direito, porque uma verdadeira Democracia tem de ser aberta, plural, tolerante, e por isso respeitadora dos costumes, usos e tradições do seu Povo. O dogma da supremacia absoluta da lei sobre o costume tem um certo sabor anti-democrático e releva de uma concepção elitista do Estado e do Direito, na qual os governantes mandam (são os *leaders*) e os governados apenas obedecem (são os *followers*).

Não é por acaso que, historicamente, na Europa, a prevalência da lei sobre o costume começa com a centralização do poder real, consolida-se com o Estado Absoluto e atinge o seu apogeu com as ditaduras do Estado Autoritário e do Estado Totalitário. As democracias pluralistas olham com respeito e realismo para o costume, contra o qual não têm nenhum preconceito.

Falta, porém, resolver um último problema.

85. O problema da legitimidade do costume *contra legem*

À luz da teoria clássica das fontes do direito, o costume *contra legem* é, por definição, ilegal e absolutamente nulo. Não tem qualquer valor jurídico.

Mas, nos quadros de uma teoria pluralista como a nossa, essa posição axiomática não tem fundamento: a lei não tem poderes para, dogmaticamente, declarar nulo um costume *contra legem*, tal e qual como o costume não tem poderes para, dogmaticamente, declarar nula uma lei destinada a abolir qualquer costume.

O conflito entre a lei e o costume não é, em primeira linha, um conflito jurídico, mas sim um conflito político: é o clássico conflito entre governantes e governados, entre o Poder e os cidadãos, entre a elite dirigente e as massas populares. Umas vezes ganham os de cima, outras vezes saem vencedores os de baixo. Foi sempre assim, e sempre assim será. Quem tiver mais força, ou conseguir maior adesão popular, triunfará.

Esclareça-se desde já, no entanto, que não é legítimo, nem seria historicamente correcto, pensar que a luta popular pela manutenção dos costumes (tradicionais) está sempre do lado *certo*, e que a luta das elites dirigentes pela supremacia das leis (reformadoras ou progressistas) está sempre do lado *errado*. Para dar apenas três exemplos: a vitória da lei nacional contra os costumes locais foi uma conquista positiva da Revolução Francesa, no séc. XVIII; o empenho posto por Costa Cabral na aplicação da lei que mandava enterrar os cadáveres em cemitérios, em vez de isso se fazer dentro das igrejas, como era costume, provocou a revolta da Maria da Fonte (1846), mas era uma política acertada e modernizadora, que acabou por prevalecer; e, enfim, a luta da administração britânica na Índia, a partir de meados do séc. XIX, contra o costume arreigado do “sati” (o costume de a mulher viúva se imolar na pira onde ardem os restos mortais do marido recém-falecido) foi obviamente uma luta moral e politicamente correcta, justa e oportuna ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Ver Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856; *Actas do Congresso “Maria da Fonte – 150 anos” (1846-1996)*, ed. da Câmara Municipal de

Já, por exemplo, as tentativas de aprovação de legislação do Parlamento Europeu no sentido de proibir as touradas em Espanha e Portugal é, do nosso ponto de vista, uma abusiva tentativa de abolir um costume que nada tem de reprovável e possui relevante interesse artístico e cultural.

Seja como for, a experiência mostra que há leis que conseguem abolir certos costumes e leis que não conseguem eliminá-los; assim como há costumes que se extinguem por não terem força social para resistir à lei (e ao aparelho de Estado que impõe a sua aplicação, se necessário coactivamente) e há costumes que resistem por muito tempo, quase duradouramente, às leis que visavam acabar com eles, mas que são rejeitadas pela população.

Dito isto, cumpre salientar que nem sempre a opção pelo costume contra a lei, ou pela lei contra o costume, tem de consistir num “braço de ferro” desenvolvido no terreno da luta social ou política, à margem do Direito. O Direito possui critérios para, na maioria dos casos, habilitar os juristas em geral – e os tribunais em especial – a proceder pacificamente a uma tal opção.

É assim que, numa situação como a que serve de base aos dispositivos do já mencionado artigo 348º do CC – isto é, numa situação em que aparentemente sejam aplicáveis a um caso concreto uma norma consuetudinária e uma norma legal, ambas com soluções diferentes para o caso –, os principais critérios a adoptar para optar por uma ou por outra são os seguintes:

- a) Se o costume *contra legem* conseguir alcançar o resultado de fazer cair a norma legal em *desuso*, esta tem-se por caducada, e é o costume que prevalece;
- b) Se a lei remeter para o costume, ou este remeter para aquela, prevalece a fonte em favor da qual for efectuada a remissão;
- c) Se a lei ou o costume forem ilegítimos – por violação de uma norma superior, seja ela internacional ou constitucional –, prevalece a fonte não afectada de ilegitimidade;

Póvoa de Lanhoso, 1996; e *The Columbia History of the World*, ed. por J. A. Garraty e P. Gay, “Harper and Row”, Nova Iorque, 1972, reimp. 1981, pp. 947-949.

- d) Se o costume e a lei originarem duas normas jurídicas semelhantes na previsão de uma dada situação, terá preferência aquela que melhor se ajustar às circunstâncias específicas do caso concreto;
- e) Se uma das duas normas aplicáveis for uma norma geral e a outra for uma norma especial ⁽²¹⁾, prevalece a fonte criadora da norma especial;
- f) Se uma das normas for geral ou especial e a outra for excepcional (mas legítima), prevalece a fonte criadora da norma excepcional ⁽²²⁾;
- g) Enfim, em caso de identidade de situações, tipos e circunstâncias, deve prevalecer a fonte criadora da norma que se revelar capaz de proporcionar uma solução mais justa do caso concreto em apreciação (prevalência, em último termo, do *valor-justiça* sobre os demais valores jurídicos) ⁽²³⁾.

Numa palavra: como se vê, não defendemos, sobre o problema da validade ou nulidade do costume *contra legem*, nenhuma posição apriorística que à partida favoreça sempre o costume contra a lei ou a lei contra o costume. Tudo depende, numa primeira fase, da tentativa de resolver o problema pela aplicação de critérios jurídicos e, se isso se revelar impossível, da força social que, numa segunda fase, o costume for capaz de mostrar para se impor à lei ou, vice-versa, esta for capaz de revelar para se sobrepor ao costume.

BIBLIOGRAFIA

A bibliografia deste capítulo consta da selecção indicada *supra*, no cap. 16.

⁽²¹⁾ e ⁽²²⁾ V. o significado destas expressões no vol. II.

⁽²³⁾ Sobre alguns dos critérios aqui enunciados, v. J. Dias Marques, *Introdução...*, 3ª ed., p. 171 e segs.

QUESTIONÁRIO

- 1 — Como se distingue o costume, enquanto fonte do Direito, de uma norma consuetudinária?
- 2 — O que são “tempos imemoriais”?
- 3 — A maior parte dos costumes não serão *normae imperfectae*, por carência de sanção jurídica?
- 4 — Qual a relevância jurídica, se a tem, do costume *secundum legem*?
- 5 — Se o Estado é democrático, assentando na legitimidade eleitoral popular, não poderá aceitar-se, sem problemas, que o fundamento da vinculatividade do costume é a vontade do Estado (a nível nacional) ou a vontade dos Estados (a nível internacional)?
- 6 — Uma lei que recolhe e reproduz um costume, e passa a ser aplicada como lei, não deverá ser entendida como lei revogatória do dito costume?
- 7 — Porque será que há, actualmente, no mundo ocidental, mais costumes vigentes no âmbito do Direito Público do que no do Direito Privado?
- 8 — Porque é que há mais usos e costumes vinculativos no sector do Direito Comercial do que no do Direito Civil?
- 9 — Porque será que o Direito Penal é, de todos os ramos do Direito, o menos aberto à relevância do costume?
- 10 — Qual a importância (muita, pouca ou nenhuma) do artigo 348º do CC como prova da admissão do costume como fonte do Direito na ordem jurídica portuguesa actual?
- 11 — Terá o costume maior legitimidade democrática do que a lei? Se a resposta for positiva, como se explica que nas democracias contemporâneas do mundo ocidental haja muito mais leis em vigor do que costumes?
- 12 — Quais são, no Estado Contemporâneo, as principais vantagens da lei sobre o costume?
- 13 — Como se explica, no plano da Teoria Geral do Direito e do Estado, a possível validade e vigência de um costume *contra legem*?
- 14 — O costume *contra legem* “revoga” a lei que contradiz ou fá-la-á cair em “desuso”?
- 15 — Será válido o argumento dos que sustentam que o costume é sempre conservador, ou mesmo reaccionário, e a lei é sempre moderna e progressista? Se discorda, procure exemplos comprovativos da sua opinião.

c) Quanto às relações entre o costume e a lei, é habitual na doutrina fazer-se a seguinte distinção:

- Costumes *secundum legem**: são os que se traduzem em práticas conformes ao disposto na lei;
- Costumes *praeter legem**: são os que originam normas que dispõem sobre matéria não regulada por lei, servindo em regra como método de integração das lacunas da lei (v. *infra*, vol. II);
- Costumes *contra legem**: são os que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei. Foi o caso, durante décadas, das touradas de Barrancos: a lei geral do país proibia os touros de morte, mas em Barrancos, nas festas anuais da vila, realizavam-se touradas com a morte do touro, com toda a população a ver e sem qualquer impedimento ou sanção por parte da GNR, que a tudo assistia passivamente ⁽¹⁾.

Os costumes *secundum legem* são inofensivos, mas podem ter alguma utilidade interpretativa; os costumes *praeter legem* são muito úteis na tarefa de integração das lacunas da lei; só os costumes *contra legem* levantam problemas jurídicos delicados. Abordá-los-emos um pouco mais à frente.

81. Fundamento jurídico do costume

Descontando aqui os autores – e eram a maioria, na teoria clássica das fontes do Direito – que negavam o facto ou a simples possibilidade de o costume ser fonte do Direito, pelo menos na

⁽¹⁾ O positivismo legalista ainda predominante entre nós não foi capaz de aceitar a vigência daquele costume local *contra legem* e, após várias peripécias, conduziu à aprovação de um (inútil) diploma legal autorizando a “excepção de Barrancos”: v. a Lei n.º 19/2002, de 31 de julho.

época actual, encontramos diferentes teorias para explicar o fundamento jurídico do costume, ou seja, do costume como fonte do Direito:

- a) *Teoria estatista*: o costume é juridicamente vinculativo apenas na medida em que é querido como tal pela vontade do Estado-Nação (costumes nacionais) ou pela vontade dos diferentes Estados (costumes internacionais);
- b) *Teoria pluralista*: o costume é juridicamente vinculativo porque, e na medida em que, é querido pela vontade do Povo (ou dos povos, ou da população local). Era a sábia doutrina de Ulpiano – o costume como *tacitus consensus populi**.

Por nós, optamos decididamente pela segunda teoria.

Primeiro, porque só ela permite explicar a juridicidade do costume como fonte do Direito nos períodos históricos em que não havia Estado (tribos pré-históricas, pequenas localidades rurais na Idade Média), bem como nos territórios actuais até onde os órgãos e o aparelho do Estado não chegam (cerca de 70 a 80 por cento do território em Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, S. Tomé e Príncipe, etc., como vimos acima) ⁽¹⁾.

Segundo, porque mesmo quando há Estado e a acção deste é eficaz e chega a todo o território, o costume tem uma autenticidade social tão grande, tão genuína, tão forte, que a sua legitimidade e autoridade provêm do povo, que o pratica, e não do Estado – que,

⁽¹⁾ Sobre a enorme importância do direito consuetudinário africano, está em curso um interessante e pioneiro projecto de investigação nos PALOP's levado a efeito por uma equipa de professores e alunos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. São já frutos desse projecto o artigo de Armando Marques Guedes *et alii**, *Litígios e pluralismo em Cabo Verde. A organização judiciária e os meios alternativos*, in *Themis*, 3, p. 5 e segs.; e os livros *Litígios e legitimação. Estado, sociedade civil e Direito em S. Tomé e Príncipe*, “Almedina”, Coimbra, 2002, e *Pluralismo e legitimação. A edificação jurídica pós-colonial de Angola*, “Almedina”, Coimbra, 2003. V. ainda Armando Marques Guedes, *O estudo dos sistemas jurídicos africanos. Estado, Sociedade, Direito e Poder*, “Almedina”, Coimbra, 2004.

na maior parte dos casos, o ignora ou, quando tem notícia dele, o tolera (como, durante décadas, nas touradas de Barrancos). A melhor prova de que o costume tem força própria – e não delegada por lei do Estado – reside no facto de, quando as opiniões forçam um “braço de ferro” entre o costume e a lei (sobretudo em casos de costume *contra legem*), o Estado preferir normalmente conformar-se com o costume, legalizando-o. Trata-se de um reconhecimento *ex post**, em que a declaração do Estado não é criadora da norma, mas um simples registo de que ela existe, e, em qualquer caso, não acompanha a vigência da norma consuetudinária *ab initio**, mas apenas a partir do momento em que os mais legalistas querem ver escrito na lei aquilo que a prática já consagrou décadas ou séculos antes.

Terceiro, porque em Democracia o soberano é o povo. Como diz a nossa Constituição, “Portugal é uma República soberana, baseada (...) na vontade popular” (art. 1º); “a soberania, una e indivisível, reside no povo” (art. 3º); “o povo exerce o poder político” (art. 10º); e os tribunais administram a justiça “em nome do povo” (art. 202º, nº 1). Se o próprio povo, por suas mãos, cria Direito, este tem carácter popular originário e constitui uma manifestação de democracia directa. Ora, por definição, a *democracia directa* – em que o poder é exercido pelo seu próprio titular – é sempre mais autêntica do que a *democracia indirecta ou representativa* – na qual o poder é exercido por delegados ou representantes do povo. É o eleito, e não os deputados, o dono e senhor do Poder político – e, portanto, do Poder Legislativo.

Concluimos, pois, que o costume como fonte do Direito tem o seu fundamento jurídico na *voluntas populi**, e não na *voluntas legislatoris**, que é secundária em relação à primeira, e dela dependente.

82. Exemplos de costumes como fonte do Direito

Embora não tão numerosos e importantes como o foram no passado, ou como o são ainda hoje quer na Comunidade Interna-

cional, quer em países com largas zonas de predominância dos direitos consuetudinários tribais, é possível dar exemplos actuais – a nível mundial e português – de costumes como fonte do Direito. Assim:

- No Direito Internacional: a regra *pacta sunt servanda**, o princípio do *mare liberum**, a norma que confere *direito de passagem* entre um território principal e os “enclaves” situados dentro de território alheio ⁽⁶⁾;
- No Direito Constitucional: para além do caso, bem conhecido, de o Reino Unido ter uma Constituição predominantemente consuetudinária, há a mencionar os casos de costume constitucional existentes nos países com Constituição escrita. O Prof. Jorge Miranda consegue apontar quatro exemplos de costume *contra legem* no direito constitucional português, a saber: a) a desvalorização dos planos; b) a desnecessidade de deliberação para que os projectos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o art. 168º, nº 3); c) a categoria de Ministro de Estado, com precedência sobre os demais Ministros (contra o art. 183º); e d) o aparecimento, como órgão do município autónomo e com proeminência sobre a câmara, do presidente da câmara municipal (contra o art. 150º) ⁽⁷⁾.
- No Direito Administrativo, há numerosos costumes nacionais, regionais, locais e institucionais (por ex., o costume nacional de permitir aos órgãos dirigentes da administração central do Estado, ou dos institutos públicos estaduais, fazer regulamentos para a boa execução das leis, quando nem a Constituição nem a lei os prevejam; ou o costume de reconhecer a todos os órgãos administrativos colegiais o poder de auto-organizar a sua estrutura e funcionamento interno por meio de *regimentos*; ou o costume de conferir amplos poderes de delegação a todos os superiores hierárquicos, em relação aos seus subalternos; os costumes regionais (já citados) em matéria de feriados comumente praticados, no dia seguinte aos dias de Natal, Ano Novo e Páscoa (o mesmo se passa na generalidade dos países europeus); e os costumes municipais e paroquiais sobre as mais diversas matérias, *u.g.* feiras e mercados. Caso especial é o dos variados “costumes universitários”, de que já demos o exemplo – de âmbito europeu – do “quarto de hora académico”, a que podemos agora acrescentar o do “voto de Minerva” ⁽⁷⁾, bem como a tradição da “Queima das Fitas”, que enquanto as festas duram suspende as aulas e exames);
- No próprio Direito Penal, em regra tão avesso (por boas razões) à admissibilidade do costume como fonte de normas incriminadoras, que se considera deverem ser

⁽⁶⁾ O acórdão do Tribunal Internacional de Justiça (Haia), de 12 de Abril de 1960, reconheceu ao Estado Português o *direito de passagem* do território de Goa para os enclaves de Dadra e Nagar-Aveli, situados no interior do território da então chamada União Indiana, hoje República da Índia. V. *supra*, nº 41.

⁽⁷⁾ V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., “Coimbra Editora”, Coimbra, 2003, p. 146.

sempre reservadas à lei (*nullum crimen sine lege**), há casos de costume como fonte do Direito: de um lado, a generalidade dos penalistas aceita a legitimidade dos costumes desincriminadores ou desculpabilizadores do agente ⁽⁶⁾; de outro, há normas consuetudinárias incriminadoras no chamado “direito penal humanitário” (por ex., os crimes internacionais incriminados na Paz ou contra a Humanidade) ⁽⁷⁾;

Passando agora ao direito privado, são exemplos de costume como fonte do Direito Civil: a tradição, em muitas famílias portuguesas, sobretudo de origem nortenha, de distribuir as jóias da mãe, falecida, apenas pelas filhas e netas, e não por todos os irmãos, incluindo os de sexo masculino, como resulta do CC; a regra que manda fazer “fila de espera” para a compra de bilhetes para espectáculos públicos ⁽⁸⁾; as regras que fixam o volume das pipas de vinho nas várias regiões do país (no Douro, uma pipa tem 550 litros; no Minho, tem 528 litros) ⁽⁹⁾; a norma não escrita segundo a qual um caminho local que esteja, desde tempos imemoriais, no uso directo e imediato do público, transforma tal caminho em bem do domínio público municipal, ainda que originariamente pertencesse em propriedade privada a um qualquer particular ⁽¹⁰⁾; etc., etc.

No Direito Comercial, há inúmeros costumes como fontes do Direito, os quais, juntamente com certos princípios gerais e usos do comércio, integram a chamada *lex mercatoria**, cujo nome alternativo é, bem significativamente, *consuetudo mercatorum** ⁽¹¹⁾;

⁽⁶⁾ Consiste em, no caso de dúvida ou empate num júri académico, a votação ser desempatada a favor do aluno, na base do mito tradicional de que Minerva, deusa da Sabedoria, desce à terra naquele momento e vota a favor do estudante.

⁽⁷⁾ O já citado caso das touradas de Barrancos configura um caso de costume *contra legem* no âmbito do Direito Penal, pois chegou a levar à descriminalização da prática da morte do touro, ou à sua desculpabilização, nos poucos casos em que o Ministério Público deduziu acusação contra os organizadores do evento ou contra os toureiros que mataram o touro no final da lide.

⁽⁸⁾ A CRP aceita isto mesmo no seu artigo 29º, nº 2: “O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada *criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos*” (sublinhado nosso), os quais incluem, a cabeça, os costumes gerais ou comuns.

⁽⁹⁾ Exemplo que nos foi apontado pelo Prof. Carlos Ferreira de Almeida.

⁽¹⁰⁾ Informação oral que colhemos junto de praticantes entendidos na matéria.

⁽¹¹⁾ V. o acórdão do S.T.J. de 19 de Abril de 1989, no B.M.J., nº 386, p. 121 e segs.

⁽¹²⁾ V. Maria Helena Brito, *Direito do Comércio Internacional*, “Almedina”, Coimbra, 2004, p. 111 e segs.

- No Direito do Trabalho, os *costumes laborais* são normalmente aceites como fontes do Direito, apesar da tendência contemporânea para os reproduzir rapidamente em textos legais. Também se cita aqui o *desuso* de múltiplas leis como prova da existência de costumes *contra legem* ⁽¹⁴⁾;
- Enfim, no Direito da Internet, fala-se recentemente na figura do “costume internetico”, ou seja, o conjunto de costumes reguladores da utilização da Internet pelos particulares ⁽¹⁵⁾.

Como se vê pela enumeração apresentada – que não é, de modo nenhum, exaustiva –, não é correcto afirmar que o costume não seja, hoje em dia, fonte do Direito na ordem jurídica internacional ou nacional, ou sequer que apresenta, numa ou noutra, escassa relevância. E os juristas de um país como Portugal, com o nosso passado histórico e a actual participação activa na CPLP, não podem ignorar que a maior parte dos sistemas jurídicos vigentes nos PALOP’s tem como principal fonte do Direito o costume.

83. Reconhecimento do costume na lei portuguesa actual

Uma das melhores provas de que o costume é uma fonte primária ou imediata do Direito, em pé de igualdade formal com a lei, está em que – num ambiente doutrinário fortemente hostil ao reconhecimento do costume como fonte, e com um CC que deliberadamente o omite do elenco das fontes do Direito contido no seu capítulo I –, a própria lei reconhece expressamente a relevância jurídica do costume. Tal não era necessário; mas é muito significativo.

Assim, desde logo a Constituição de 1976 faz duas referências indirectas ao costume internacional, que aliás já mencionámos – a

⁽¹⁴⁾ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 163-165.

⁽¹⁵⁾ V. Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, “Almedina”, Coimbra, 2003, p. 139; cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Apreciação do relatório sobre Direito da Informação apresentado em provas de agregação pela Profª Maria Eduarda Gonçalves*, in *Estudos de Direito Público e matérias afins*, vol. II, “Almedina”, Coimbra, 2004, p. 536.

do artigo 8º, nº 1, e a do artigo 29º, nº 2. Com efeito, não só “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum” compreendem, segundo a opinião unânime da doutrina, normas consuetudinárias⁽¹⁶⁾, como também a qualificação de certas condutas como crimes internacionais não resulta apenas de princípios gerais de direito, mas igualmente de costumes. E resta saber se, ao exigir que tais princípios sejam “comummente reconhecidos”, não estará a CRP a admitir apenas, para os efeitos do artigo 29º, nº 2, os princípios gerais de direito de origem consuetudinária ou, pelo menos, reconhecidos por costume *secundum legem*.

Mas a própria lei interna comprova, de forma irrefutável, não apenas que considera o costume como fonte do Direito, mas que o admite nessa qualidade como fonte geradora de normas jurídicas invocáveis pelas partes num processo judicial e obrigatório para o Tribunal, que as deverá aplicar.

Referimo-nos ao artigo 348º do CC⁽¹⁷⁾, que determina o seguinte (no capítulo sobre “provas”):

“Artigo 348º

(Direito consuetudinário, local, ou estrangeiro)

1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro, compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento”.

Se bem repararmos, o nosso CC – o mesmo que nos artigos 1º a 4º mantém o mais pesado silêncio sobre o costume como fonte

⁽¹⁶⁾ V. André Gonçalves Pereira/Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., reimp., “Almedina”, Coimbra, 1993, p. 109.

⁽¹⁷⁾ A solução consagrada neste preceito já vigorava na nossa ordem jurídica pelo menos desde 1939, através do artigo 521º do CPC dessa data. Cfr. J. Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, III, 3ª ed., “Coimbra Editora”, Coimbra, 1950, p. 304 e segs.

do Direito – vem agora, no seu artigo 348º, nº 1, sobre as provas em processo judicial, reconhecer:

- Expressamente, que qualquer das partes no processo (*u.g.*, autor e réu) pode invocar, a seu favor, o direito consuetudinário;
- Expressamente, também, que é à parte que invoca a seu favor uma ou mais normas de direito consuetudinário que compete o ónus da prova, isto é, a necessidade de fazer prova da existência ou do conteúdo desse direito;
- Expressamente, ainda, que o tribunal deve obter por si próprio o conhecimento do direito consuetudinário invocado, e que só na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável é que o tribunal deverá recorrer às regras do “direito comum português” (nº 3);
- Implicitamente, e em conclusão, que, se se conseguir fazer a prova da existência e do conteúdo do direito consuetudinário invocado, é este (e não outro) que deve ser aplicado pelo tribunal.

Ou seja: para o CC português, afinal, o costume é fonte do Direito! E com uma única condição: que se consiga, através das partes ou do próprio tribunal, “determinar o conteúdo do direito aplicável” (art. 348º, nº 3).

E o código diz ainda algo mais: se nenhuma das partes tiver invocado direito consuetudinário, cabe ao tribunal averiguar oficiosamente o seu conteúdo, “sempre que [o tribunal] tenha de decidir [o caso] com base no direito consuetudinário”. Ou seja: se o tribunal souber, por si próprio, que há um costume directamente aplicável ao caso *sub judice**, deve obrigatoriamente averiguar qual o seu conteúdo, porque tem de decidir o caso com base nessa norma consuetudinária.

Isto quer dizer que o costume é fonte do Direito nos tribunais portugueses, não apenas quando a parte interessada o invoque e o prove, mas também – e este é o ponto mais interessante – quando nenhuma das partes o invocar, desde que o tribunal o conheça e consiga

determinar o seu conteúdo. O Tribunal tem, pois, tal como em relação à lei, a obrigação de conhecer e aplicar o costume, se provar deste a norma adequada a resolver o caso pendente de julgamento. Vale, portanto, também aqui, para o costume, o princípio *jura novit curia**.

Mas há mais. Atentemos bem no n.º 3 deste artigo 348º, preceito recheado de surpresas:

“3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito [consuetudinário] aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português”.

Que quer esta disposição dizer-nos?

Por um lado, ela vem dizer-nos uma coisa óbvia: se uma das partes invocar, ou o tribunal conhecer, a existência de direito consuetudinário aplicável ao caso *sub judice**, mas for impossível (tanto às partes como ao tribunal) determinar o seu conteúdo, então o tribunal não decidirá o caso por aplicação do direito consuetudinário, mas por aplicação do “*direito comum português*” (entenda-se, neste contexto: por aplicação de outra fonte do Direito adequada, *v.g.* a lei).

Por outro lado, porém, o citado n.º 3 do artigo 348º do CC faz-nos saber, implicitamente, uma outra coisa muito mais importante: é que, na hipótese tida em vista pelo artigo 348º, o tribunal só está autorizado a julgar o caso por aplicação da lei, se não existir (ou não puder determinar-se o respectivo conteúdo) uma *norma consuetudinária* mais adequada que deva ser aplicada.

Esta regra tem, quanto a nós, a maior importância: à luz da teoria clássica, o costume, ou não era de todo considerado como fonte do Direito, ou só o era quando, e na medida em que, a lei o autorizasse, remetendo para ele; porém, à luz da nossa teoria, e fazendo uma *interpretação actualista* ⁽¹⁸⁾ do artigo 348º do Código

(18) Sobre o significado desta expressão, *v. adiante*, vol. II.

Civil, o costume e a lei são – no entendimento da própria lei – duas fontes do Direito primárias, colocadas em pé de igualdade uma com a outra; e se houver duas normas potencialmente aplicáveis, à primeira vista, a um dado caso *sub judice**, o Código Civil ordena ao juiz, não que ignore o costume, nem que dê preferência à lei, mas que – se puder conhecer bem o conteúdo de ambas as normas – aplique ao caso que tem entre mãos aquela das duas normas que se mostrar mais adequada à resolução correcta desse caso.

Em resumo: com base nesta nossa interpretação, o próprio CC de 1966 reconhece o costume como fonte do Direito; equipara o costume e a lei como fontes primárias em pé de igualdade; e, em caso de concurso de normas, não dá preferência à lei sobre o costume, antes manda aplicar aquela das duas normas potencialmente aplicáveis que se mostrar mais adequada à resolução do caso: o tribunal aplicará o costume, “*sempre que (...) tenha de decidir com base no direito consuetudinário*” (n.º 2 do art. 348º) (sublinhado nosso).

É, afinal, precisamente isto que afirma, em tese geral, a teoria pluralista das fontes do Direito que adoptamos.

84. O costume como fonte primária do Direito na ordem jurídica portuguesa

Independentemente do que digam ou não a Constituição e o CC a este respeito – e uma vez que a teoria das fontes do Direito, como já explicámos, não é matéria de lei, mas uma questão da alçada da Ciência do Direito –, coloquemos então o problema a esta luz.

Há, a propósito do assunto, duas teorias:

a) A *teoria estatista*: o costume já foi, historicamente, fonte do Direito; foi mesmo a fonte única ou principal, em épocas muito reculadas; mas desde o início do Estado Moderno (séc. XVI) deixou de o ser e, hoje, no Estado Contemporâneo, não o é. A lei é a fonte correspondente, nos planos político e jurídico, à existência e afir-