Universidades Lusíada

Nogueira, José Artur Anes Duarte 1954-

O costume enquanto fonte de Direito : modernidade e antiguidade : o caso português = Custom as source of law : modernity and antiquity : the portuguese case

http://hdl.handle.net/11067/4364
https://doi.org/10.34628/dkff-sn19

Metadados

Data de Publicação 2016

Resumo I Parte 1. O costume como tema de investigação. 2. O costume face à matriz da lei. 3. O costume na base do ordenamento social. 4. Costume, progresso e evolução social. 5. Época histórica paradigmática. II Parte 6. Terminologia aplicável ao costume. 7. Diferentes tipos de costume. 8. Quadro sinóptico. 9. Natureza. 10. Costume em sentido próprio. 11. Origem. 12. Destino. III Parte 13. Costume judicial. 14. Façanhas. 15. Costume da corte. 16. Costume em sentido impróprio. 17. Con...

Palavras Chave Direito consuetudinário

Tipo article

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 15 (2016)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T03:26:25Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

O COSTUME ENQUANTO FONTE DE DIREITO.
MODERNIDADE E ANTIGUIDADE. O CASO PORTUGUÊS. [1]

CUSTOM AS SOURCE OF LAW. MODERNITY AND ANTIQUITY. THE PORTUGUESE CASE.

J. Duarte Nogueira [2]

Sumário: I - 1. O costume como tema de investigação. **2**. O costume face à matriz da lei. **3**. O costume na base do ordenamento social. **4**. Costume, progresso e evolução social. **5**. Época histórica paradigmática. **II - 6.** Terminologia aplicável ao costume. **7**. Diferentes tipos de costume. **8.** Quadro sinóptico. **9.** Natureza. **10.** Costume em sentido próprio. **11.** Origem. **12.** Destino**. III - 13.** Costume judicial. **14.** Façanhas. **15.** Costume da corte**. 16.** Costume em sentido impróprio**. 17.** Conclusão.

I

1. O recente colóquio em homenagem a Luís da Câmara Cascudo, notável etnógrafo brasileiro e Professor de Direito na Universidade do Rio Grande do Norte, promovido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo Instituto de Direito Brasileiro através do seu Presidente [3] e coordenado pelo Mestre Fábio Fidelis de Oliveira, revelou-se uma oportunidade para reflectir sobre o costume enquanto forma de criar e revelar o direito.

---

[1] Conferência proferida no I Encontro Luso – Brasileiro, Direito, Cultura e Memória (Homenagem ao Prof. Câmara Cascudo da Universidade do Recife), organizado pelo Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa, sob coordenação do Professor Eduardo Vera-Cruz Pinto (FDLUL) e do Mestre Fábio Fidelis de Oliveira (Centro Universitário UNIRN - Natal, Brasil), realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 19 de Abril de 2016,

[2] Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

[3] Eduardo Vera-Cruz Pinto, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Não é hoje frequente tomar esta fonte como tema de debate intelectual, em escolas jurídicas.

Na actualidade, ao menos nos países cujo direito faz parte da família romano-germânica, a norma é estudada sob enquadramento quase exclusivamente legal. A tendência não é inocente. O Estado moderno tende a monopolizar a criação do direito sob a alçada de órgãos integrados na sua estrutura. Consoante o modelo político, cria-o negligenciando ou rejeitando as demais formas de criação, sejam elas consuetudinárias, doutrinárias, jurisprudenciais ou outras. Mimetizando esta orientação monista, os manuais escolares tendem a reservar ao costume um nível quase arqueológico de imputação, compatível apenas com referências sumárias sobre a sua dependência face à lei.

2. Colocada no cerne da relação entre o Estado e o cidadão, a lei surge politicamente como a única panaceia capaz de conduzir os povos ao bem-estar, senão à felicidade. Do nível político ao jurídico vai, neste caso, pequena distância, pois a política enquadra o poder e estando este concentrado em órgãos, neles se elaboram as normas que a política quer vigentes, independentemente de corresponderem à solução na qual a sociedade se revê, ou necessariamente à opção mais racional, útil ou justa, ainda que tal correspondência possa ocorrer.

Paradoxo este, pois o poder democraticamente fundado retira a sua legitimidade da expressão da vontade do todo, recusando qualquer visão censitária limitadora da expressão do voto aos intelectualmente mais capazes. Mas ignora, depois, a vontade do todo no momento da criação do direito, considerando apenas a dos detentores do mandato, saídos por sua vez, pelo menos teoricamente, dos moral, intelectual e politicamente mais capazes. Singularidades da ideia da representação política que, pela potencial não correspondência entre detentores de mandato e tais qualidades, permite todo o tipo de desvios.

Trata-se de uma orientação de matriz iluminista e liberal.

Iluminista, porque a lei é ainda hoje, por excelência, concebida como o instrumento do governo pela razão. Razão que, não sendo hoje chamada de iluminada pelo risco de arcaísmo, é não obstante entendida, consoante a vertente, como espelho da correcta compreensão científica, técnica e ideológica das necessidades sociais e por isso merecedora de igual crédito. Liberal, porque a lei não deixou de ser entendida como paradigma da razão escrita, a mesma razão que conduziu às codificações oitocentistas e que na actualidade se concretiza na torrente legislativa com que os políticos em cada momento detentores do poder, ornamentam os seus mandatos.

3. De facto, a lei, sendo embora tão antiga quanto a emergência do poder político, conviveu tendencialmente, até tarde, com outras fontes jurídicas, dentro de modelos pluralistas que lhe não asseguravam exclusividade.

Nos finais do século XVIII o cientismo articulou-se com o racionalismo, conduzindo as elites ofuscadas pelo brilho filosoficamente polido da inteligência,

a acreditar que a lei era, no plano social, a razão escrita. Querem boas leis? Queimem as antigas e escrevam outras novas, sugeria o autor do *Candide*.

Não obstante, quando se despe o gibão do positivismo - admitindo vontade e capacidade de o fazer - por baixo da ganga iluminista-liberal percebe-se um nível normativo adormecido, por vezes manietado, no qual se reflecte de modo intenso o sentir social. Nível organizado, por sua vez, em camadas, que tanto podem ser simples consequência translatícia da passagem do tempo, como efeito de formas de sentir diferentes, pela erudição, objectivos ou sensibilidade dos agentes. Mas, tendo em comum a espontaneidade como marca que o permite distinguir da lei.

Para além do que revela quanto a essas formas de sentir, pode, de certo modo, dizer-se que o costume constitui uma reserva normativa que aguarda, em acto ou potência, a emergência de fissuras no edifício estatal circundante.

4. Tido por seguro, como se correspondesse a uma etapa de um progresso político inelutável, acredita-se no mundo moderno que a evolução não permitirá dispensar esse edifício e com ele a primazia ou exclusividade da lei. O conhecimento histórico mostra, contudo, que nenhuma forma política é historicamente inquestionável e duradouramente perpétua.

O tempo faz tudo de sua cor, se escreveu já poeticamente com alguma razão. Mas a poesia não entra no domínio das disciplinas tidas por científicas e por isso o postulado não é seriamente tido em conta no círculo de sisudez a que a política se agregou. Descrê-se portanto da possibilidade de o costume alguma vez retomar papel relevante, pelo menos enquanto a civilização e o progresso forem por ela reivindicados em exclusividade.

Contudo, a realidade, mesmo sem recorrera à História, ainda por aí a sugerir o contrário para quem o quiser ver.

De facto nem é preciso ir longe. A emergência do Estado conhecido como Daesh ou outros nomes, mostra bem a infinita oscilação do devir social no plano político. Quando nada sugeriria a retoma de modelos e valores completamente à margem do nível de racionalidade em que a generalidade dos Estados actuais acredita e se movimenta, mesmo naqueles em que a confessionalidade ainda é marca, aquele facto veio mostrar que massas sociais significativas formadas na contemporaneidade ou com acesso aos seus quadros mentais, estão disponíveis para acatar e se empenhar na consolidação de formas políticas que se suporiam apenas compatíveis com tempos antigos, irrecuperáveis por desfasados do que se julga ser a evolução.

A evolução é portanto algo contingente, construindo-se não como um caminho percorrido ao longo do tempo, rumo a valores absolutos, mas como um percurso seguido em níveis diversos de racionalidade e espontaneidade, entre os quais o ser humano oscila com rapidez, por vezes sem se compreender de imediato o motivo. Tal como as órbitas de energia em que o electrão se pode encontrar no seu movimento em torno do núcleo, tão distantes quanto imprevisíveis na escolha que delas a partícula faz.

Se a variabilidade social ocorre entre níveis tão díspares como os que confrontam a racionalidade do Estado democrático, com a irracionalidade absoluta do exemplo político referido, por maioria de razão a desvalorização política hodierna do costume é algo não necessariamente inelutável, tanto mais que, no que lhe respeita, apenas diferentes visões da racionalidade ínsita se confrontam.

5. Não sendo hoje o costume facilmente perceptível nos ordenamentos vigentes, dadas as restrições impostas pelo monismo legal, cremos ser vantajoso observá-lo tomando como referência épocas em que se exprimia plenamente. Em suma, em épocas de pleno pluralismo jurídico. Libertos de limitações que mais tarde se tornariam dominantes, poderão assim ser observados com maior clareza os quadros em que se movia, em geral comuns aos povos da Europa coeva e provavelmente em larga medida mundiais, ainda que localmente sob terminologia específica.

Os últimos momentos em que tal se verificou foi na transição do Estado medieval para o moderno, ocorrida em redor do século XIV, por ser precisamente a altura em que se percebe a lei a deixar de ser entendida como manifestação de um pluralismo amplo, no qual a espontaneidade consuetudinária era tão ou mais relevante quanto a intencionalidade, para passar a expressão dominante de uma tendência constritora das fontes jurídicas orientada para o monismo, ainda que inicialmente de forma esbatida.

Certamente em parte como consequência da emergência de formas novas de, em abstracto, pensar o político, associáveis ao humanismo emergente. Mas, também porque os detentores do poder político superior em múltiplas parcela do território europeu, assessorados por juristas formados nos quadros justinianeus, assumiam de modo cada vez mais evidente, o controle tentacular do espaço político à frente do qual se encontravam, na imitação, *quantum satis,* dos imperadores romanos da época absolutista.

Entre essas novas formas de pensar o político, encontram-se as associadas à construção do conceito de Estado que o século XV veria desabrochar. No domínio dos comportamentos os exemplos são múltiplos, desde a criação de estruturas administrativas e judiciais transmissoras da vontade do governante ao nível central, a manifestações interventivas a nível local com intenção condicionante da valia do costume, quer retirando-lhe validade, quer substituindo-o por directivas conformes a uma certa racionalidade, não necessariamente expressa, mas subjacente. Neste plano, por significativos, referem-se a luta contra os "maus costumes", a substituição de um modelo judicial tripartido por outro de juiz único, a criação de estruturas inspectivas a nível local, a substituição do modelo acusatório pelo inquisitório, a interferência na governação das comunidades locais e a publicização do direito de punir. Tudo, como é bom de ver, manifestações de uma mudança rapidamente tornada irreversível.

Havendo conveniência em tomar como referencial um quadro político de base, escolhemos naturalmente o português, tomando como balizas temporais as da época da fundação da nacionalidade (séculos XII e XIII), porquanto é nela que as potencialidades do costume melhor se observam. Sendo certo, como dizíamos há pouco, que no mesmo tempo o modelo é extensível nos espaços europeus à realidade europeia mais vastos, variando essencialmente o peso relativo de algumas componentes, e a terminologia.

Por fim, convém ainda salientar que as páginas seguintes incidirão fundamentalmente em quadros jurídicos, políticos e sociais de génese laica, significando isto que o costume canónico, ainda que existente, não será nelas objecto de tratamento *ex professo*.

II

6. Na época em referência, parte muito significativa das regras estruturantes da sociedade laica, quiçá a maioria, tinha génese consuetudinária. Decorria tal da própria natureza do costume e do escasso recurso do poder político superior a formas intencionais de criação de Direito.

Quando se debruça sobre esta fonte, a doutrina moderna recorre a conceitos tendencialmente consolidados [4]. No tempo a que nos reportamos não existia uma dogmática suficientemente trabalhada capaz de os fixar com rigor, nem no plano terminológico, nem conceptual.

No plano terminológico, ainda que o vocábulo mais usual fosse **costume** [5]**,** recorria-se a uma ampla variedade de palavras cujo elemento comum de ligação ao direito se concentrava na aproximação à ideia de regra. As principais eram **foro** e **uso.**

No plano doutrinário, não obstante o escasso tratamento, o conceito estava longe de ser desconhecido. Em larga medida, a visão existente era essencialmente pragmática, fundada na sensibilidade dos agentes e em alguns conceitos de matriz antiga. Certas características eram-lhe assim naturalmente associadas, ainda que apenas ocasionalmente sendo referidas. A antiguidade era uma; a contraposição a manifestações intencionalmente criadoras de direito era outra.

Tratava-se, em ambos os casos, de características assinaladas em textos peninsulares anteriores, remontantes por sua vez à cultura romana [6]. Nessa medida eram vestígios de um passado que subsistira fragmentariamente em segmentos cultos da sociedade, usados pelos intérpretes de maior erudição.

[4] A doutrina define usualmente o costume como "prática social reiterada associada à convicção de obrigatoriedade".

[5] Na linguagem romance portuguesa antiga, o termo mais usual é costume.

[6] Ocasionalmente invoca-se uma definição retirada da obra de S. Isidoro de Sevilha, que afirma ser o costume, "o direito instituído pelas práticas antigas, que vale por lei quando esta não existe ", a qual, por sua vez, se inspirava em autores anteriores (vg. Tertuliano) herdeiros da tradição romana.

Já o homem comum, quando o invocava não se preocupava com essas ou outras características. Mas, não deixava de intuitivamente as ter presente, distinguindo-o da lei e se dado há a reter é precisamente este. Não ia porém, mais longe. Por isso, como tem sido assinalado [7], agregava frequentemente ao conceito uma apreciável diversidade de manifestações normativas, mesmo que, em rigor, algumas não fossem de génese consuetudinária. Surgiam assim indiferentemente designadas como como **foros, usos** ou **costumes**, para além de práticas intrinsecamente costumeiras, sentenças da cúria ou de tribunais locais conhecidas fora dos quadros de origem, decisões tomadas em assembleias de vizinhos ou proferidas por magistrados municipais, pareceres de jurisconsultos e outras manifestações circunstanciais.

Pode, pois, dizer-se, que a amplitude do conceito era à época muito maior do que na actualidade, nele cabendo tendencialmente toda a norma que não pudesse ser reconduzida à ideia lei.

Era, portanto, o esteio, a fonte mais visível nos alicerces do edifício normativo corrente. No fundo, aquele a que primeiramente se recorria. De certo modo correspondia ao conjunto de regras que mais se aproximavam da ideia de um direito comum.

Esta visão, ao tender a concentrar as fontes principalmente em duas – costume e lei - ajusta-se à percepção do direito existente em sociedades que não contavam com o suporte de construções dogmáticas elaboradas e que, por isso, o compreendiam em larga medida atravéz da força que incluíam na base da obrigatoriedade: a do grupo inominado isto é da sociedade em geral ou de fragmentos dela, ou a do grupo nominado, envolvente da pessoa do governante, independentemente de a respectiva legitimidade decorrer de uma vontade colectiva, tácita ou intencionalmente expressa, ou de outra génese.

7. A **antiguidade** era, sem dúvida, uma das suas características mais relevantes. Para além de corresponder ao direito comum, o costume retirava aparentemente, muito da sua força cogente do facto de, o tempo conferir solidez inquestionável a certos comportamentos.

Em rigor, a antiguidade não era só por si suficiente, sendo igualmente necessária a **repetição.** Contudo, na época, de certo modo a repetição diluía-se na antiguidade, porque a prática antiga era usualmente uma prática reiterada. De facto, a repetição só mais tarde, por via da reflexão desenvolvida nos quadros universitários a partir do pensamento romano, seria claramente autonomizada da antiguidade, exigindo-se a verificação das duas. Compreende-se que assim tenha acabado por acontecer, pois de um ponto de vista racional a ausência de aplicação podia ser indício de costume caído em desuso, por perda da convicção de obrigatoriedade do comportamento. Antiguidade sem aplicação poderia

[7] Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português* (5ª ed.), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 169.

significar apenas que a conduta fora costume, mas já não o era. Todavia, no momento em que nos situamos a associação dos dois elementos parecia natural, ficando a repetição consumida na antiguidade.

Na base do costume podia estar tanto a mera tradição, isto é a herança moral transmitida entre gerações, como a resposta a uma necessidade social sempre que não estavam disponíveis regras com outra origem, tidas por adequadas. Dito de outro modo, a regra costumeira podia estar em vigor porque sempre assim fora, tanto quanto a comunidade sabia - sem verdadeiramente ninguém se questionar se era boa ou má, útil ou perniciosa - ou porque correspondia à resposta social dada espontaneamente a certas necessidades.

Mas, enquanto a necessidade dava lugar a regras originariamente costumeiras, a mera tradição podia esconder regras que na origem não o eram, mas que pela perda de referências temporais ou da consciência da respectiva origem, passaram a ser aceites como parte da herança moral do grupo.

8. A compreensão do costume na época em que nos situamos, em nosso entender, pode ser satisfatoriamente arrumada com base num quadro valorizador de diferentes perspectivas em que pode ser observada. Não sendo eventualmente as únicas possíveis, temos por significantes as que incidem sobre a **natureza**, **origem** e **destino** das normas reveladas.

Por facilidade de acompanhamento, sintetizamos essas perspectivas.

1. Natureza	1.1. Próprio (espontâneo)	1.1.1. Origem	1.1.1.1. Geral	
			1.1.1.2. Particular	1.1.1.2.1. Local (municipal *et al.*)
				1.1.1.2.2. Grupal (estrangeiros *et al.*)
				1.1.1.2.3. Orgânico (judicial *et al.*)
		1.1.2. Destino (destinatários)	1.1.2.1. Territorial	
			1.1.2.2. Pessoal (ou restrito)	
	1.2. Impróprio (aparente ou induzido)			

9. Ter em conta a **natureza** do costume, significa ter em vista a possível distinção entre a essência de diferentes regras genericamente caracterizáveis como tal. Caso se verifique, é relevante considerá-la. Se assim não for, qualquer esforço nesse sentido torna-se inútil. Mas. em nosso entender a distinção não só é possível, como útil e nesta perspectiva a que traçamos é entre costume em sentido **próprio** e **impróprio.**

A doutrina jurídica associa usualmente o costume a um processo de repetição de comportamentos, ao qual, com o tempo – muito ou pouco é irrelevante - se associa a convicção de obrigatoriedade. Trata-se do costume em sentido **próprio** ou espontâneo**,** passe embora a aparente, mas não real tautologia, como veremos.

Ainda que na época considerada não existisse doutrina sobre o costume, *mutatis mutandis* a que hoje vale, vale para a época que tratamos. Nessa medida não se justifica determo-nos sobre o costume em sentido **próprio**, mas apenas sobre as distinções que nele podem ser abertas na época considerada**.**

Já quanto ao sentido **impró**prio**,** justifica-se atenção mais demorada.

De facto, quando se recua no tempo, a realidade consuetudinária nem sempre é tão clara como na actualidade aparenta ser. Por não estar dogmaticamente apoiada em conceitos precisos, o costume não só assumia, por vezes, formas hoje dificilmente qualificáveis como tal, como podia também, ocasionalmente, surgir através de processos de convolação inconsciente de normas originariamente de natureza não consuetudinária em normas costumeiras, quando a autoria original se tornava de tal modo nebulosa, que passavam a afirmar-se na consciência colectiva como comportamentos devidos apenas porque assim ocorria há muito. Ainda que os primeiros sejam relevantes – essencialmente para efeito a ampliação do conceito de costume – é aos últimos que chamamos costume **impróprio.**

10. Prestaremos atenção em primeiro lugar ao costume **próprio** – de certo modo o verdadeiro costume – deixando para mais tarde o **impróprio**.

Como referimos, o costume em sentido **próprio** pode ser entendido com base nos requisitos que a doutrina moderna lhe imputa: repetição de conduta e convicção e obrigatoriedade.

Aceitando tais requisitos, não deixa de ser possível observá-lo na época em que nos situamos, na perspectiva da **origem** ou do **destino.** A primeira aponta para o universo social na génese da regra. A segunda para o universo social ao qual se destina ou aplica; em suma, os destinatários.

A questão subjacente à distinção encontra-se na fisionomia da sociedade da época. Não teria sentido na actualidade, pois mesmo a admitir a relevância do costume – coisa que o Estado positivista moderno geralmente não aceita, origem e destino seriam sempre gerais. Princípios como o da igualdade política não se compatibilizariam com a aplicação de regras apenas a parte dos cidadãos. Não era necessariamente assim na época considerada - ainda que a estrutura em ordens própria do tempo introduzisse particularidades - e nessa medida a distinção adquire sentido.

De facto, na perspectiva da **origem** é possível distinguir entre costume **geral** e **particular,** sendo o **geral** o emergente da sociedade tomada globalmente sem nela ser tida em conta qualquer parcela como sede original preferencial e o **particular,** o surgido em segmentos da sociedade isoláveis dentro do todo. Já na perspectiva do **destino** é possível distinguir entre costume **territorial** e **pessoal** (ou restrito), sendo o **territorial** o que se destina ou aplica tendencialmente à

totalidade do universo social e o **pessoal** (ou restrito) a segmentos sociais destacáveis do todo, ou a parcelas da população**.**

11. Atentemos em primeiro lugar na perspectiva da **origem**, dentro da qual distinguimos o costume **geral e o particular.**

O **geral** identifica regras consuetudinárias cuja origem não pode ser associada a segmentos específicos da população, sendo irrelevante o facto de, em concreto, incorporarem deveres ou direitos para toda ou parte da população [8]. A generalidade é neste plano decorrência de uma constatação negativa, já que ao contrário da associação original do costume a um grupo particular, frequentemente possível, a ligação genética *ab initio* ao todo é sempre extraordinariamente difícil de fazer. Em rigor é até improvável, pois a prática costumeira tende a surgir em segmentos da comunidade, estendendo-se depois ao todo. A própria constatação da aparente vigência do costume na totalidade do território é, em si, insuficiente, quer pelas razões referidas, quer pela mobilidade ocasional das populações, facilitadora da fixação de grupos novos que o poderiam não reconhecer durante ao menos algum tempo [9]. A generalidade na perspectiva originária é pois apenas o resultado aparente de uma observação incapaz de identificar o segmento ou as circunstâncias em que o costume surgiu.

De qualquer modo, quanto mais generalizada for a aplicação, tanto mais provável será ter tido na origem um dado comum a parte significativa dos habitantes do território, mesmo que entretanto a origem se tenha já diluído ou esbatido na lembrança colectiva, pela passagem do tempo. Pode tratar-se de um evento cultural ligado a um povo ou comunidade que depois se dispersou, ou ser vestígio de uma regra surgida no contexto de uma experiencia histórico-política comum a comunidades conviventes quando da sua génese. Mas nunca fica de todo excluída a possibilidade de ter tido na origem uma prática inicialmente localizada, que por determinadas circunstâncias se generalizou[10].

[8] O costume que permitia à nobreza local apropriar-se de uma percentagem dos bens colocados à venda nos mercados locais sem por eles pagar, como se se tratasse de uma taxa de protecção ou de cedência de espaço.

[9] Ao tempo do Conde Henrique de Borgonha e de Afonso Henriques seu filho, grupos de servos francos ou flamengos fixaram-se em Portugal, acompanhando os seus senhores originários de além-pirinéus. Em certas zonas surgiram forais destinados a esta população usualmente referida como "francos", que integravam regras próprias trazidas da origem.

[10] Exemplo é a quota de livre disposição testamentária. Quem observasse apenas a documentação portuguesa do século XIV e XV seria levado a concluir que estava perante um costume geral, uma vez que em todo o território se praticava a regra da terça. Tenderia a admitir que na base estivera uma prática comum a toda a população. Seria um possível exemplo de um costume geral, tanto pela origem como pelo destino. Todavia a conclusão não seria correcta. Nos séculos XII e XIII praticava-se a regra do quinto nas regiões mais a norte do país (que por isso era chamada quinta) e a regra do terço no sul (por isso chamada terça). Esta diversidade desapareceria com o tempo, subsistindo no século XIV unicamente a terça. Na génese, a quinta tem sido associada à cultura jurídica germânica, veiculada através do direito visigodo ou suevo e a terça ao direito muçulmano, mais radicado a sul. A opção pela terça seria consequência do afastamento da sociedade em relação a comportamentos de

A verdade é que, na época considerada, os costumes de âmbito inequivocamente amplo capazes de cair sob a configuração referida, não parecem ser tão frequentes quanto à partida se poderia admitir. Em contrário, dir-se-ia que alguma documentação local – os forais - mostra que certas regras pareciam estar difundidas um pouco por todo o território.

Pode efectivamente tratar-se de costumes passados a escrito, gerais porque detentores de uma génese comum remontante a períodos anteriores à Reconquista. Neste sentido têm sido, aliás, algumas vezes interpretados. Mas, menos verdade não é que este direito pode não ter necessariamente, todo ele, natureza consuetudinária, mas antes ser também produto de tomadas de decisão oriundas da órbita régia, depois difundidas de região para região através da concessão de novos forais.

O **particular** formou-se a partir de segmentos delimitados da sociedade, correspondentes a grupos populacionais ou órgãos de contornos relativamente definidos, cuja posição no contexto geral era suficientemente relevante para comportamentos espontaneamente surgidos no seu seio se afirmarem como regra, internamente ou face ao exterior, através de mecanismos de transmissão natural.

É mais fácil de detectar do que o geral, na medida em que tem por detrás realidades cujos contornos são menos imprecisos. Por contraposição com a relativa escassez do costume geral, mister é dizer que a maioria do direito consuetudinário identificado nesta época, quantitativamente falando, transporta o selo da particularidade.

Quando a génese ocorre num grupo humano organizado em função de uma base territorial definida, pode falar-se em costume **local,** do qual o tipo provavelmente mais relevante, dada a dimensão político-jurídica do território a que está ligado, é o costume **municipal**. Quando ocorre em grupos humanos integrantes da sociedade em sentido amplo, cujos contornos não possuem base territorial, pode falar-se em costume **grupal,** do qual, entre múltiplas variantes, os tipos mais visíveis são os dos **estrangeiros, judeus** ou **mouros.** Mas igualmente a **nobreza**, o **clero** ou o próprio **povo,** podem ser tomados como elementos definidores do tipo. Quando ocorre em ligação a uma instituição susceptível de emitir uma vontade funcional, sempre que o grupo se não dilui noutro mais amplo que o consome[11], pode falar-se de costume **orgânico.** Entre algumas variantes, um tipo particularmente visível é o costume **judicial**, mas qualquer instituição que reúna tais características está, em princípio, apta a gerar costume deste tipo.

teor mais colectivista próprios da cultura germânica, em benefício de posturas mais individualistas próprias do direito muçulmano e em sintonia com o romano.

[11] Vg. o conselho (*concilium*), no sentido de assembleia municipal. O concelho é um órgão municipal. Todavia, a íntima ligação ao município, atestada pela sinonímia dos vocábulos na terminologia actual, levou a que não surgisse um costume da assembleia municipal diferenciável, enquanto tipo, do costume municipal.

12. Atentemos agora na perspectiva do **destino**, dentro da qual distinguimos o costume **territorial** e **pessoal,** ou restrito [12].

Nesta perspectiva existem também dificuldades. Como a articulação entre **origem** e **destino** não se faz necessariamente em termos mutuamente excludentes, casos há em que um costume **geral** pela origem, pode ser **pessoal** ou **restrito** pelo destino, o mesmo se passando simetricamente com o **particular** pela origem, tornado **territorial** pelo destino.

Tendencialmente pode partir-se do princípio de que o costume originariamente **geral** tende a ser **territorial** na perspectiva do destino. Porém, olhada de mais perto, tal territorialidade, mesmo existindo, nem sempre é evidente, na medida em que alguns costumes se aplicam visivelmente apenas a grupos ou categorias de pessoas.

A ter em conta esta aplicação, não seriam portanto territoriais pelo destino, mas pessoais. Contudo, em muitos casos a aparente não territorialidade no âmbito de aplicação é meramente ilusória, sendo consequência da estrutura social em ordens típica da época – e não em classes, como actualmente[13] - cada uma detentora de estatuto próprio diverso do das demais, só valendo o raciocínio subjacente para cada ordem e não para a sociedade em geral.

Certos costumes não se podem aplicar a alguns - muitos ou poucos é indiferente - porque esses destinatários estavam naturalmente arredados dos pressupostos da sua aplicação: pertenciam a outra ordem social que não àquela onde a regra se originou.

A não aplicação a parte da população, não é assim, *a priori,* determinada pela norma, mas apenas verificada *a posteriori,* como consequência da estrutura social. Os destinatários são os que naturalmente se inserem no grupo humano ao qual se aplica. E tanto assim é que, se ocorresse alteração no enquadramento social desses indivíduos, a regra passaria a aplicar-se-lhes naturalmente.

O mesmo se diga no plano administrativo. Certos costumes não se podem aplicar em parcelas do território porque a organização político-administrativa o impedia. Pode, por exemplo, tratar-se de terras senhoriais, municipais, ou outras por alguma razão isentas da aplicação. Mas, tal como no caso anterior, a não aplicação não é intencionalmente determinada *a priori*, mas apenas consequência da estrutura político-administrativa. Se a estrutura se alterar – o que ocasionalmente sucedia - o costume passaria a poder aplicar-se aos que habitavam nesses locais.

[12] Trata-se de razões ligadas à própria pessoa, podendo estas ser muito variadas, v.g., o que historicamente se denominou 'raça', a religião, a língua, a cultura, a origem nacional, a vicinidade, etc.

[13] Convém ter presente que a sociedade da época se encontrava organizada de modo muito diferente da actual. A igualdade de base entre cidadãos não existia, pela simples circunstância de que não existiam cidadãos. O conceitode cidadão (*cives*), sendo romano na origem e político no conteúdo, ainda que estruturado em função de conceitos jurídicos, havia ficado no limbo dos conceitos jurídicos, no rescaldo da queda do Império Romano.

Existem portanto circunstâncias excludentes da aplicação do costume, externas ao próprio costume, mesmo quando este é **geral** na perspectiva da **origem**. Daí poder dizer-se, como atrás se referiu, que este costume tende a ser **territorial** na perspectiva dos destinatários**.** Já o mesmo se não passa com o costume originariamente **particular**. Neste caso o respectivo âmbito de aplicação pode ser **territorial**, assistindo-lhe os problemas e dificuldades anteriormente referidos, ou pode ser naturalmente **pessoal** ou **restrito**. É esta última a tendência. O costume **local** e **grupal** tende a ser **pessoal** ou **restrito** no que concerne ao **destino,** com excepção de regras que por natureza não possam sê-lo. Já o **orgânico**, pela essência tende a ser de aplicação **territorial.**

III

13. O **costume judicial**, enquanto tipo consuetudinário particular e orgânico pela origem, justifica atenção especial dada a importância da sua ligação ao foro.

Trata-se, como dissemos, do principal tipo de **costume orgânico** que pode ser encontrado no tempo a que nos reportamos. Para além da antiguidade, é relevante porque está associado a um modo de criação de normas que se consolidaria no futuro sob diversas designações, entre as quais **direito judicial** ou **precedente** e por ocupar na actualidade, posição de relevo em certos sistemas jurídicos.

Embora **costume judicial** e **direito judicial** se aproximem através da ligação evidente, ou subliminar, do tribunal a ambos e da possibilidade de, numa certa perspectiva, se tomar o segundo como género do qual o primeiro seria espécie, preferimos tratá-los em separado, considerando o primeiro como modalidade de costume e o segundo como conceito abrangente de todas as formas de criação imediata de direito protagonizadas pelos juízes.

No contexto português o **costume judicial** surge na dependência da resolução de conflitos, particularmente no âmbito do tribunal superior, ainda que não exclusivamente neste foro.

Na génese conjugam-se diversos factores.

Consiste um na autonomia da criação do direito face ao poder central. Não sendo a sua criação, apanágio do rei mas antes a sua cura, enquanto garante da justiça, a participação dos juízes na fixação de regras não suscita resistência absoluta, por não ser considerada usurpatória de funções régias. Consiste outro na convicção de que os juízes, em particular os do tribunal da cúria, enquanto participantes de uma função com dimensão quase metafísica[14], ainda que conexa ao governante, intervêm munidos de uma autoridade que não deixa grande espaço para duvidar da pertinência da sua actuação e saber. Consiste

[14] É interessante recordar a este propósito, a exortação que o rei português Dom Dinis fez aos juízes da cúria sobre o dever de justiça e as consequências morais e religiosas para quem não a assegurasse.

outro, ainda, na consciência prática de que o ordenamento vigente é lacunar em múltiplas matérias, entre as quais a processual. Consequentemente, as decisões integrativas das falhas sentidas por parte dos que lidavam directamente com a justiça, mostravam-se úteis numa perspectiva pragmática da realidade judicial.

Confrontados com a realidade, em primeiro lugar os juízes sentiam-se motivados a criar soluções integrativas, sobre matéria processual e em menor grau sobre direitos e deveres substantivos. Uma vez criadas, se as circunstâncias não se alterassem, facilmente a mesma solução tenderia a ser mantida. Porque a decisão vinha do passado, decidia-se depois, no futuro, tendo-a em conta. Ao fim de algum tempo, a repetição motivada pela bondade intrínseca da decisão ou pelo receio de ir contra algo que começava a adquirir estabilidade no tempo, podia facilmente dar lugar à convicção de obrigatoriedade. Encontravam-se assim reunidos os requisitos do costume e a conduta adquiria a natureza.

Tratando-se de um costume que surgia num contexto delimitado, tenderia a não extravasar para o exterior do pretório, salvo em circunstâncias particulares. Se se tratava de matéria processual, para além do próprio, somente os demais tribunais estavam em situação de se sentirem motivados a segui-lo. Se se tratava de matéria substantiva a transposição da fronteira entre o órgão judicial e a restante sociedade podia ocorrer mais facilmente.

Observando a realidade na época em que nos situamos, pode partir-se da ideia de que o tribunal, de acordo com a sua função primordial não criava usualmente direito, tendendo essencialmente a aplicá-lo. Ocorriam contudo excepções e são essas que importam, pois ainda que minoritárias, relevam.

As situações assinaláveis a este título são essencialmente duas [15], não totalmente idênticas, embora com bases semelhantes. Ocorriam quando a decisão de um concreto litígio judicial ou privado, resolvido através de sentença ou da vontade particular, pela notabilidade que incorporava se convolava em exemplo cuja imitação ocorria no futuro em casos semelhantes, por parte do mesmo, de outros tribunais, ou da sociedade em geral. Ocorriam ainda quando juízes de tribunais superiores assumiam como especialmente valiosas, decisões anteriormente tomadas no mesmo foro em matéria processual ou substantiva, sentindo-se motivados a reaplicá-las no futuro.

Na origem da normatividade poderia, em tese, encontrar-se o costume, a lei, ou a própria vontade do tribunal.

A ligação da origem à vontade do tribunal não é, em regra, de ter em conta. Só valeria se a obrigatoriedade decorresse, de modo autónomo, originário e exclusivo, do órgão judicial. Dificilmente tal ocorreria, salvo na improvável situação de um "governo de juízes", o que não era manifestamente o caso no

[15] Na realidade uma terceira pode ser referida. Ocorria quando o tribunal tinha o poder de interpretar o direito em caso de dúvida, valendo a interpretação para futuro como a única possível, ou seja como regra obrigatória. Neste caso não se estava perante a criação originária de normas, mas perante a criação derivada de normas por via interpretativa, isto é com base em outras pré-existentes. Fala-se então de criação de direito por interpretação judicial autêntica.

momento a que nos reportamos, tal como não o é hoje na generalidade dos Estados, ainda que em certas experiências, como a brasileira, a interpretação dos poderes dos juízes seja feita de modo amplo [16]. A origem legal não se assinala ainda na época e a razão radica simplesmente no facto de a lei não ser então usualmente utilizada como forma criadora do direito. Já a origem consuetudinária ajusta-se ao tempo, encontrando-se seguramente na base das situações descritas.

14. Uma das formas assinaladas recebia a designação de **façanha.** Em termos genéricos a palavra significa hoje um feito notável. Aplicada à época não deixava de ser precisamente esse o sentido.

Façanha era, de facto, uma decisão notável, tomada num caso também notório. Podia configurar-se como uma sentença – seriam os casos mais frequentes - ou como uma decisão particular tomada em matéria controvertida que importava ao decisor. Num ou noutro caso tratava-se de situações fora do vulgar, eventualmente nunca anteriormente levadas a tribunal ou sequer suscitadas na comunidade, cuja resolução granjeava atenção especial, pela notoriedade. Podia tratar-se de uma solução integrativa de lacuna ou apenas de uma interpretação diferente do direito. Fosse qual fosse, para além da simples aplicação do direito vigente devia conter algo que constituísse novidade.

Trata-se de um precedente judicial e é nesse quadro que deve ser observada. Na ausência de disposição legal que lhe atribuísse carácter vinculativo, só o costume ou a força do próprio tribunal podiam suportar a respectiva aplicação em casos futuros. No caso da façanha a última hipótese é de afastar, pois esta podia provir de um tribunal superior, de um tribunal ordinário ou configurar-se mesmo como uma decisão privada. Por efeito de imitação, reverência, ou mera pragmaticidade, repetia-se no futuro e pelo decurso do tempo ou pela autoridade de quem a emitira, a sociedade adquiria a convicção de que a deveria aplicar no futuro. Tinha, em suma, as características do costume.

Os juízes dos demais tribunais participavam em geral dessa mesma convicção e por isso a façanha revelava direito.

Em teoria, a convicção de obrigatoriedade poderia ter-se formado originalmente no tribunal junto dos respectivos juízes, sendo depois aceite pela sociedade em função do poder judicativo do órgão, ou ter-se formado na sociedade, impressionada pela excelência da decisão. Não é possível saber se uma destas vias terá sido preferencial, mas tendo em conta que a façanha pode ocasionalmente identificar decisões não judiciais, a segunda hipótese é mais provável. Em qualquer dos casos, estar-se-ia perante uma manifestação consuetudinária, já que o elemento decisivo reside na convicção de obrigatoriedade.

[16] A única alternativa seria admitir que o direito só existe verdadeiramente após a decisão judicial, ideia sintetizada na frase "o direito está contido na ponta da caneta do juiz". Antes estaria em potência, depois em acto. Direito em potência teria apenas a ver com a moral ou ética, porque insusceptível de coercibilidade.

Outra questão que pode ser levantada é saber se a regra ínsita seria obrigatória ou se, ainda que impressionante, seria apenas tendencialmente obrigatória. No caso português não existem elementos suficientemente claros para optar, mas não é de excluir que fosse entendida apenas como alternativa particularmente credível porque incorporante de uma solução notável, mas à qual se poderia contrapor uma melhor façanha ou outra disposição normativamente aceitável.

15. Outro tipo de costume judicial assinalável na época é frequentemente designada **costume em casa del rei** ou **costume da corte**.

Como o nome indica trata-se de uma decisão do próprio tribunal, cuja repetição em casos futuros é assumida pelos juízes. Tanto quanto é possível inferir da denominação, subjacente está a convicção de obrigatoriedade, pelo que a natureza é consuetudinária.

Esta modalidade de costume suscita questões. No contexto da cúria, isto é na micro-sociedade constituída pelos protagonistas a ela ligados, forma-se um **costume**. É judicial pelo órgão em que surge e nessa medida é **costume orgânico**. Mas esse costume externaliza-se, expande-se para a sociedade, tornando-se **territorial** pelo destino.

A que título ocorria a expansão? Ainda enquanto costume, ou já na decorrência de alguma alteração no fundamento da obrigatoriedade? Se era a título de costume, a convicção de obrigatoriedade teria de ter surgido na sociedade exterior ao tribunal, em momento posterior à sua formação no órgão. Se não era a este título, poderia em abstracto ter fundamento legal ou judicial.

Este último, pelas razões já antes referidas, é difícil de admitir. E legal? Seria a obrigatoriedade externa do costume da corte assumida como se de lei se tratasse? A resposta não é clara. À primeira vista pode admitir-se que não, pois a lei consubstancia um acto de intencional criação de direito por parte de quem tem poder para tal e não se vê que esse acto tivesse ocorrido. As dúvidas enunciadas apontariam, aparentemente, para um fundamento de natureza consuetudinária, apoiado na convicção espontaneamente surgida na sociedade em geral, ou na comunidade dos juristas nela actuantes.

Todavia, convém não esquecer que a reverência manifestada pela sociedade em relação às decisões judiciais tomadas na mais alta instância do reino a qual permitia olhá-las como precedente a respeitar, estava associada à ligação do rei ao órgão. Não ocorrendo, neste caso, a especial notoriedade que a **façanha** incorporava, a qual consumia a identidade dos próprios intervenientes e que por isso mesmo permitia identificá-la como "decisão notável", o que resta para suportar a externalização da regra?

Na inexistência de um poder próprio e autónomo dos juízes para elaborarem direito, subsistem aparentemente duas alternativas.

Ou se tratava de um costume forjado apenas no quadro da comunidade dos juristas exteriores à cúria, já que a sociedade em geral não estava em posição de conhecer a decisão na origem, ou se estava perante a percepção de que o **costume**

em casa del rei ou **da corte,** era afinal apenas o nome dado a uma forma de criar direito que, por estar associada à participação do rei, tinha por detrás, já força assimilável à intenção criadora de direito. Poder-se-ia dizer então que era costume judicial na perspectiva do tribunal e manifestação legal ou para-legal na perspectiva da sociedade em geral. Também neste caso se está pois perante uma manifestação aparentemente consuetudinária, mas que na realidade pode esconder outra natureza

Não deve omitir-se que não surgem vestígios claros deste tipo de costume logo nos primórdios da nacionalidade, pertencendo os referenciáveis a momentos já um pouco posteriores, nos quais a presença do influxo romano justinianeu é mais segura.

Será este dado relevante? Não é impossível, mas sendo razoável admitir que estivessem presentes já então os pressupostos desse tipo de costume, a omissão poderá ser apenas circunstancial, não correspondendo à sua não existência ao tempo. Referimo-nos à função jurisdicional da cúria régia, na qualidade de tribunal de primeira instância para indivíduos posicionados num determinado nível sociopolítico, ou como tribunal supremo para certo tipo de litígios e à presença de juristas junto do rei, independentemente de se tratar já de letrados formados nas universidades, ou ainda de juristas de formação tradicional obtida junto das instituições monásticas capazes de a transmitir.

16. Como dissemos, o costume pode ainda servir de capa a normas de génese não espontânea, legal, judicial ou doutrinária, da qual, no decurso do tempo se perdera consciência. Chamámos-lhe costume **impróprio** ou induzido.

Situações deste tipo geralmente nunca são totalmente claras, mas devem ser consideradas na medida em que exista a possibilidade de a norma, independentemente da natureza original, surgir convolada em costume na mente dos destinatários ou de parte deles, por indução da ideia de regra legal concreta para a ideia geral de costume, sem que o conhecimento da respectiva origem eventualmente remanescente em alguns destinatários seja determinante.

Ainda que os casos passíveis de assim serem entendidos não sejam à primeira vista muitos, na realidade podem até não ser raros, estando apenas escondidos sob a capa da aparente espontaneidade. Preceitos emergentes na época do direito romano vulgar mais difíceis de associar a quadros pós-clássicos, podem resultar de processos deste tipo, mas outros há em relação aos quais o mesmo percurso é admissível.

Um conjunto merece referência, pela difusão que conheceu na Península Ibérica em geral e no território português. Trata-se de regras originariamente legais, isto é, emanadas do poder político superior, mas que por efeito da passagem do tempo e das alterações no circunstancialismo histórico e político, foram deixando de ser associadas aos referenciais próprios dessa génese. E ainda que nem todos os testemunhos conduzam a este entendimento, em relação a parte significativa subsiste margem de admissibilidade. Referimo-nos às referências ao Código Visigótico, a antiga *lex visighotorum* ou *recesvindiana,* cuja invocação se manteve no território durante a Reconquista e se manteve até ao seculo XIII em Portugal e até um pouco mais tarde nos reinos vizinhos.

Sem entrarmos em profundidade no assunto, diremos apenas que muitas dessas referências podem ter tal natureza [17]. Dizemos podem, pois não se nega que subjacente a muitas existisse alguma consciência da natureza original, como o sugere as remissões expressas para a obra que lhe esteve na origem, embora sob diferentes denominações (*liber, liber judicum, liber judiciorum*, *lex*).

Não obstante, a possibilidade de ao longo do tempo se ter perdido memória da origem das normas invocadas e do poder que lhes conferira originalmente obrigatoriedade, perfila-se com alguma força. Referimo-nos a invocações de partes das leis, feitas de modo resumido, com lacunas ou erros de transcrição claramente sugestivos da inexistência de acesso directo ao texto original, feitas provavelmente por cópia à vista de citações já existentes em outros documentos[18]. Nestes casos, é legítimo admitir-se que a obrigatoriedade decorresse apenas da tradição, pesando o facto de assim ocorrer há muito. Em suma, porque o costume o determinava. Mas, mesmo nos casos em que há consciência do texto original, independentemente de haver ou não acesso directo ao conteúdo, não há frequentemente indícios de que lhe fosse imputada força legal, mas apenas de que era respeitado por sempre assim se ter feito.

17. Nas linhas anteriores procurámos condensar questões envolventes do costume, colocando-nos numa época em que a fonte se afirmava, social e juridicamente, pela sua natureza, sem depender da condescendência da lei ou do poder.

Não temos dúvidas que a problemática do costume regressará à ordem do dia, algures, num tempo eventualmente não muito longínquo. A complexidade dogmática com que a doutrina jurídica hodiernamente trata a lei, será então transposta para o costume, transformando-o num objecto de estudo e especulação.

Antecipamos assim um regresso ao futuro de um passado que valorizou a lei, a desvalorizou e novamente a valorizou. Num ciclo provavelmente infindável enquanto a dimensão humana existir, mas que só é compreensível pelos que conseguem olhar o passado como antecâmara do futuro. Nunca serão muitos, pela atração que o aparente vazio do futuro provoca. Mas sempre alguns o farão.

O homenageado soube, como outros no seu tempo, continente e em outros locais, que a preservação do passado daria ganhos no futuro. Não a si, mas a outros. Preservou-o na recolha de elementos próprios da dimensão cultural do povo que conhecia e o rodeava. Mas, a dimensão social e sensibilidade do jurista foram determinantes.

---

[17] Uma resenha de referencias ao Código Visigótico na documentação portuguesa da Reconquista pode ver-se em J. Duarte Nogueira, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média. Dos primórdios ao século da universidades*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa 1994p.97 e s.

[18] É frequente a referência à indispensabilidade da inclusão de testemunhas no documento, como condição da validade da disposição. Esta invocação, em abstracto retirada do C.V., omite não raro qualquer remissão para o correspondente preceito concreto nele contido, parecendo ser feita apenas porque assim era usualmente entendido.