

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

LODOVINA TALAPA

**ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA
RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO MOÇAMBICANO.**

NAMPULA

2023

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

LODOVINA TALAPA

**ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA
RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO MOÇAMBICANO.**

Projeto apresentado como requisito parcial
para a obtenção de título de Licenciatura em
Direito pela Universidade Católica de
Moçambique - Faculdade de Direito de
Nampula.

Tendo como supervisor: Olvanio Mutiniua.

NAMPULA

2023

Declaração de Autenticidade

Eu, **Lodovina Talapa**, declaro por minha honra e para todos os efeitos que, o presente trabalho para a conclusão de curso de Licenciatura em Direito, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Católica é da minha autoria, sendo feito de acordo com a metodologia recomendada por esta instituição de ensino, e todas as obras e legislações consultadas para a sua elaboração estão devidamente citadas. Também declaro que este trabalho nunca foi submetido em nenhuma instituição de ensino, para obtenção de qualquer grau acadêmico.

Nampula, aos _____, de _____, de 2023

Por ser verdade passo a assinar

Lodovina Talapa

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO

LODOVINA TALAPA

**ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO
PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.**

Nampula, _____, de _____ de _____

Resultado:

Membro do Júri

Presidente:

Supervisor:

Examinador:

Estudante:

Agradecimento

Em primeiro lugar quero agradecer à Deus todo-poderoso, compassivo e misericordioso, que deu-me a vida, saúde e permitiu que fosse possível chegar até esse nível.

Agradeço aos meus Pais, que Deus os abençoe, pois estes trouxeram-me ao mundo com ajuda de Deus.

Agradeço aos meus irmãos, tia, aos meus sobrinhos e aos meus afins que sempre estiveram do meu lado dando apoio emocional e financeiro sempre que pudessem.

Agradecimento incondicional vai ao meu companheiro de união de factos, pelo apoio, conselhos e paciência que teve nesta derradeira caminhada.

Agradeço ao meu supervisor, o Dr. Olvanio Mutiniua, pela paciência, apoio e acompanhamento na elaboração deste trabalho.

Em especial agradeço aos meus amigos que muito contribuíram emocional e financeiramente para materialização deste trabalho.

Agradecimentos extensivos ao pessoal da biblioteca e todo o corpo diretivo que apoiaram-me emocionalmente, ajudaram bastante na minha trajetória.

Dedicatória

Dedico aos meus Pais que trouxeram-me ao mundo e pelo esforço e sacrificio no pagamento das propinas.

Epigrafe

“A liberdade não é somente um direito

Que se reclama para si próprio.

Ela é também um dever

Que se assume em relação aos outros.”

In JOÃO PAULO II.

Lista de abreviatura

Art.º – Artigo

Cit. – Citado

Ex. – Exemplo.

CC – Código Civil

CRM – Constituição Da República De Moçambique

DUDH – Declaração Universal De Direitos Do Homem

Nº - Número

Ob. – Obra

LOTJ – Lei Orgânica Do Tribunal Judicial

OUA – Organização Da União Africana

P. – Página

PDGP – Pacto Internacional De Direitos Civis E Político

Resumo

O presente trabalho com o tema “análise do costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano”, o tema visa analisar o costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano. Quanto a área temática, encontra-se inserido no âmbito do Direito Privado, mais concretamente na área do Direito da Civil. A proposição do tema torna-se de extrema relevância social visto que assim como a lei, também o costume é importante fonte do direito e, dependendo de se considerar este ou aquele Estado, este ou aquele momento histórico, poderá uma dessas fontes ser preponderante em relação à outra. Não há negar, contudo, a precedência histórica do costume, a mais espontânea fonte do Direito e, de certa forma, também a mais normal, consubstanciada nessas normas de conduta, oriundas dos usos e costumes, em decorrência da necessidade de regulamentação da convivência humana em sociedade. A intenção é a de desvendar-lhes os segredos, dentre eles aquele da razão de ser da sua legitimidade. Desta feita questiona-se: ***Até que ponto os costumes podem ser fonte do Direito-Privado no ordenamento jurídico moçambicano?*** Destarte, quanto ao objectivo geral propusemo-nos a analisar o costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano. Todavia, no que concerne aos objectivos específicos procuramos discutir em volta das fontes do Direito na ordem jurídica moçambicana; comparar a relevância do costume como fonte do Direito com outros ordenamentos jurídicos; e, aferir o impacto jurídico-social do costume como fonte de Direito no ordenamento jurídico moçambicano tendo presente os aspetos culturais de que faz parte. Para a concretização desta abordagem foi aplicada a pesquisa bibliográfica e qualitativa. Os métodos aplicados foram o método dedutivo, comparativo, sistemático, e hermenêutico. O levantamento bibliográfico.

Palavras – chave: usos; costume; direito.

Abstract

The present work with the theme “analysis of the custom as a source of the private legal relationship in the Mozambican legal system”, the theme aims to analyze the custom as a source of the private legal relationship in the Mozambican legal system. As for the thematic area, it is inserted in the scope of Private Law, more specifically in the area of Civil Law. The proposition of the theme becomes of extreme social relevance since, like the law, custom is also an important source of law and, depending on whether one considers this or that State, this or that historical moment, one of these sources may be preponderant in relation to the other. There is no denying, however, the historical precedence of custom, the most spontaneous source of Law and, in a way, also the most normal, embodied in these rules of conduct, arising from uses and customs, as a result of the need to regulate human coexistence in society. The intention is to reveal their secrets, among them the reason for their legitimacy. This time, the question is: To what extent can customs be a source of Private Law in the Mozambican legal system? Thus, regarding the general objective, we proposed to analyze the custom as a source of the private legal relationship in the Mozambican legal system. However, with regard to specific objectives, we seek to discuss around the sources of law in the Mozambican legal order; compare the relevance of custom as a source of law with other legal systems; and, assess the legal and social impact of the custom as a source of law in the Mozambican legal system, bearing in mind the cultural aspects of which it is a part. For the realization of this approach, bibliographical and qualitative research was applied. The methods applied were the deductive, comparative, systematic, and hermeneutic method. The bibliographic survey.

Keywords: uses; custom; right.

ÍNDICE

Declaração de Autenticidade	III
Agradecimento	V
Dedicatória	VI
Epigrafe	VII
Lista de abreviatura	VIII
Resumo	IX
Abstract	X
Introdução	1
CAPÍTULO I: PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS SOBRE A ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.	4
1.1 Metodologia Científica	4
1.2 Métodos	5
1.2.1 Método dedutivo	6
1.2.2 Método sistemático	6
1.2.3 Método hermenêutico	7
1.2.4 Método comparativo	7
1.3 Pesquisa	8
1.3.1.1 Quanto aos Objetivos	8
1.3.1.1.1 Pesquisa exploratória	9
1.3.1.1.2 Pesquisa descritiva	9
1.3.1.1.3 Pesquisa explicativa	9
1.3.2 Quanto a natureza	10
1.3.2.1 Pesquisa aplicada	10
1.3.2.2 Pesquisa teórica	10
1.3.2.3 Pesquisa de campo	10
1.3.3 Quanto a abordagem do problema	11
1.3.3.1 Pesquisa qualitativa	11
1.3.3.2 Pesquisa quantitativa	11
1.3.4 Quanto aos procedimentos técnicos	12
1.3.4.1 Pesquisa Bibliográfica	12
1.3.4.2 Pesquisa Documental	12
1.4 Técnica de discussão de dados	12

1.5	Técnicas de coleta de dados	13
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO PARA A ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.		15
2.1	Análise conceptual do Costume	15
2.1.1	Noção do Costume	15
2.2	Os Elementos do Costume	15
2.3	Requisitos do Costume	17
2.4	Elementos constitutivos do costume	18
2.4.1	O uso	18
2.4.2	A convicção de obrigatoriedade	18
2.5	Funções do costume	20
2.6	O Direito Consuetudinário ou Costumeiro	21
CAPÍTULO III: ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.		28
3.1	Discussão em volta das fontes do Direito na ordem jurídica moçambicana.	28
3.1.1	O fundamento da obrigatoriedade do Costume	28
3.1.2	Espécies de costumes	30
3.2	Do estudo comparativo da relevância do costume como fonte do Direito Moçambicano com outros ordenamentos jurídicos.	31
3.2.1	Direito consuetudinário comparado	31
3.2.1.1	Caso de angola	31
3.2.1.1.1	Enquadramento histórico.	31
3.2.2	Enquadramento jurídico.	32
3.2.3	Desafios da implementação do costume	35
3.2.3.1	Autoridades tradicionais	35
3.2.3.2	O estudo do direito consuetudinário - uma perspectiva epistemológica	36
3.2.3.3	O costume na jurisprudência –	36
3.2.3.4	O costume e a propriedade intelectual – traditional knowledge	37
3.2.3.5	Linhas Mestras sobre a Pesquisa Do Direito Consuetudinário Angolano	38
3.2.4	O costume como fonte de direito em Portugal	39
3.2.4.1	Conceito e requisitos	39
3.2.4.1.1	Teoria dos dois elementos	40
3.2.4.1.2	Teses objetivas	43

3.2.4.1.2.1	Requisitos Adicionais	43
3.3	Da relevância do costume enquanto fonte de Direito no ordenamento jurídico moçambicano tendo presente os aspetos culturais de que faz parte.	45
3.3.1	O lugar do Costume no Ordenamento Jurídico de Moçambique	45
3.3.1.1	Relevância legal e relevância doutrinária do costume	46
3.3.1.1.1	Sob ponto de vista legal	46
3.3.1.1.2	Sob o ponto de vista doutrinal	47
	CONCLUSÃO	49
	SUGESTÕES	51
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

Introdução

O presente trabalho com o tema “análise do costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano”, o tema visa analisar o costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano. Quanto a área temática, encontra-se inserido no âmbito do Direito Privado, mais concretamente na área do Direito da Civil.

A história indica que o costume foi, até à segunda metade do século XVIII e princípios do século XIX, a mais relevante fonte de Direito. Com o andar do tempo esta importância descreveu, passo a passo, e hoje se acha muito reduzida, pelo menos na generalidade dos ordenamentos jurídico interno. De recordar que nas sociedades primitivas, era através do costume que se formava o Direito, como emanção instintiva da consciência social. Usos, práticas, tradições que se tinham gerado de maneira insensível e gradual, transmitiram-se de pais a filhos e pautavam de modo jurídico o comportamento dos homens. Tudo isso era repetido de forma constante e com convicção da sua obrigatoriedade.

O costume cria Direito, através da própria observância. Este não é apenas exterioridade, a simples repetição material de actos, mas também interioridade, a persuasão da obrigatoriedade desta conduta como juridicamente exigível. Tanto que, de acordo com o artigo 4º da Constituição da República, clama o seguinte “O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.”¹

No âmbito acima referida pela *Lex Fundamental* percebe-se que há uma forte valorização de vários sistemas normativos que coexistem na sociedade moçambicana, tanto que, dos sistemas que a Constituição da República refere, os cultores de direito subdividem em dois: sistema formal e informal. O costume é a regra não ditada em forma de comando, pelos poderes públicos mas resultante de um uso geral e prolongado e de existência de uma sanção pela sua inobservância. Sendo o costume regras não escrita mas de carácter obrigatório, o legislador constituinte valoriza desde que não contrarie a constituição.

Dizem os cultores de direito que existe grande diferença entre o costume e o uso, o primeiro reúne os elementos de exterioridade que é a simples repetição material de actos e também o elemento interioridade que é a persuasão da obrigatoriedade dessa conduta como

¹ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique (2004)*, que inclui a Lei de Revisão Pontual da Constituição (Lei nº 1/2018, de 12 de Junho, publicado no Boletim da República, 1ª Série – nº 115, 2º Suplemento, de 12 de Junho de 2018, Artigo 119.

juridicamente necessária, como exigível; ao passo que no segundo só existe o primeiro elemento e falta o segundo, há uso, não há costume.² Podemos estar na persuasão duma prática social mais ou menos obrigatória; no entanto, se esta prática não atinge, na consciência dos indivíduos, o grau de necessidade que a torne susceptível de ser imposta pela força física em casos de resistência, não constitui costume, não é fonte de direito.

Nesta senda, espanta-se o facto da constituição do direito privado, usando ironicamente, não prever o costume como fonte de direito privado, uma vez que é nas relações jurídicos privado que mais se verificam situações claras de costume que em muitas situações não contrariam a constituição. Portanto, dizem os cultores de direito civil, que quando se fala das fontes de direito, refere-se aos modos de revelação da norma jurídica, e a história dita que o costume foi uma prática que começou a surtir efeitos nos séculos XVIII.

Face a estas constatações, surge a seguinte questão de partida: ***Até que ponto os costumes podem ser fonte do Direito-Privado no ordenamento jurídico moçambicano?***

Portanto, face ao exposto na problematização, propomos as seguintes hipóteses, ***H₁***: “se o Estado valoriza o costume desde que não contrarie o princípio da Constituição da República Moçambique, então aquele constitui fonte de direito no ordenamento jurídico moçambicano”. ***H₂***: “se pese embora o Estado tenha valorizado o costume e este, não contrarie o princípios da Constituição da República Moçambique, se o mesmo não está previsto no direito privado, então aquele não constitui fonte de direito no ordenamento jurídico moçambicano”.

A escolha do tema pela proponente advém do interesse intrínseco, em fazer um estudo exegético em relação ao tema “análise do costume como fonte da relação jurídico privado no ordenamento jurídico moçambicano”.

Ademais, o tema é de extrema relevância social visto que assim como a lei, também o costume é importante fonte do direito e, dependendo de se considerar este ou aquele Estado, este ou aquele momento histórico, poderá uma dessas fontes ser preponderante em relação à outra. Não há negar, contudo, a precedência histórica do costume, a mais espontânea fonte do Direito e, de certa forma, também a mais normal, consubstanciada nessas normas de conduta, oriundas dos usos e costumes, em decorrência da necessidade de regulamentação da convivência humana em sociedade. A intenção é a de desvendar-lhes os segredos, dentre eles aquele da razão de ser da sua legitimidade.

² TELLES, Inocêncio Galvão, *introdução ao estudo do direito*, vol. I, 10ª edição, Lisboa-Portugal, 1998, p. 81.

A questão é que o Costume é criado pelos interessados, com intuito de terem o Direito que regule os seus interesses. A criação do mesmo é aos poucos, através da própria conduta.

Estado possui a linguagem do Direito de duas maneiras: já directamente através do legislador, já indirectamente através do povo; isso significa que diz caso a caso o que quer por via legislativa ou genericamente a vontade popular expressa em vestes consuetudinárias. Teoricamente, no campo dos princípios, lei e costume estariam em pé igualdade: nem supremacia da primeira sobre o segundo nem deste sobre a primeira. Isso não porque uma e outro fossem manifestações da vontade do legislador mas porque seriam ambos manifestações da vontade do Estado.

Destarte, quanto ao objectivo geral propusemo-nos a analisar o costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano. Todavia, no que concerne aos objectivos específicos procuramos discutir em volta das fontes do Direito na ordem jurídica moçambicana; comparar a relevância do costume como fonte do Direito com outros ordenamentos jurídicos; e, aferir o impacto jurídico-social do costume como fonte de Direito no ordenamento jurídico moçambicano tendo presente os aspetos culturais de que faz parte.

O trabalho divide-se em três capítulos, sendo o primeiro capítulo a parte metodológica, o segundo é a contextualização teórica e o último é o capítulo de apresentação, análise e discussão de resultados.

CAPÍTULO I: PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS SOBRE A ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.

Neste capítulo espelhamos os procedimentos metodológicos e técnicos aplicados no presente trabalho. É nesse âmbito que enunciamos o tipo de pesquisa desenvolvida para a materialização desta abordagem.

1.1 Metodologia Científica

Segundo LAKATOS e MARCONI³, estes defendem que os métodos são meios encontrados para se guiar a fim de chegar a uma conclusão. Estes referenciam dois métodos a par daquele já mencionado, que são o método dedutivo e indutivo. Frisam que o método indutivo ou a indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente, constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contidas nas partes examinadas, sendo assim o nosso objectivo é chegar a conclusões mais amplas possíveis para poder melhor trazer possíveis respostas credíveis.

De outro modo, o método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de colecta de dados particulares. De acordo com o raciocínio indutivo, a generalização não deve ser buscada aprioristicamente, mas constatada a partir da observação de casos concretos suficientemente confirmadores dessa realidade. Constitui o método proposto pelos empiristas (Bacon, Hobbes, Locke, Hume), para os quais o conhecimento é fundamentado exclusivamente na experiência, sem levar em consideração princípios preestabelecidos⁴.

De acordo com SEVERINO, refere que, “entende-se por métodos os procedimentos mais amplos de raciocínio, enquanto técnicas os procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados”.⁵

O método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo, conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido, detetando erros e auxiliando as decisões do cientista.⁶

³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana, *Metodologia científica*, editora atlas, 2003, p. 86.

⁴ GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*, São Paulo: Atlas, 1989, pág. 29.

⁵ SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000, p. 162.

⁶ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ª Edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003, p. 83.

Metodologia científica é o estudo dos métodos ou dos instrumentos necessários para a elaboração de um trabalho científico. É o conjunto de técnicas e processos empregados para a pesquisa e a formulação de uma produção científica. Salienta-se que a ciência e a metodologia estão mãos dadas.

Neste capítulo, abarcou em demonstrar a metodologia usada para a elaboração do trabalho em análise, daí que ilustramos a seguir.

1.2 Métodos

Método deriva de metodologia e trata do conjunto de processos pelos quais se torna possível conhecer uma determinada realidade, produzir determinado objecto ou desenvolver certos procedimentos ou comportamentos. Dessa forma, o método nos leva a identificar a forma pela qual alcançamos determinado fim ou objectivo.⁷

Método é, portanto, uma forma de pensar para se chegar à natureza de um determinado problema, quer seja para estudá-lo, quer seja para explicá-lo.

De acordo com SEVERINO, refere que, “entende-se por métodos os procedimentos mais amplos de raciocínio, enquanto técnicas os procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados”.⁸

Para FONSECA, *metodos* significa organização, e *logos*, estudo sistemático, pesquisa, investigação; ou seja, metodologia é o estudo da organização, dos caminhos a serem percorridos, para se realizar uma pesquisa ou um estudo, ou para se fazer ciência. Etimologicamente, significa o estudo dos caminhos, dos instrumentos utilizados para fazer uma pesquisa científica.⁹

O método é o conjunto das actividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objectivo, conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.¹⁰

Para a realização do trabalho de pesquisa em causa e alcance dos objectivos pretendidos o autor terá como base, o método dedutivo, comparativo, sistemático, e hermenêutico.

⁷ OLIVERIRA, Silvio Luis De, *Tratado de Metodologia Científica*, editora afiliada, São Paulo-Brasil, 1999, p.57.

⁸ SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000, p. 162.

⁹ GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Danise Tolfo, *Métodos de Pesquisa*, 1ª edição, editores da UFRGS, Portugal, 2009, p. 31.

¹⁰ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ª Edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003, p. 83.

1.2.1 Método dedutivo

Ao contrário da indução, o método dedutivo procura transformar enunciados explicativos complexos, universais, em particulares. A conclusão sempre resultará em uma ou várias premissas, fundamentando-se no raciocínio dedutivo.

O método dedutivo também pode se realizar nas operações lógicas, nas quais os raciocínios simples podem chegar a enunciados complexos. A dedução como forma de raciocínio lógico tem como ponto de partida um princípio tido como verdadeiro *a priori*. O seu objectivo é a tese ou conclusão, que é aquilo que se pretende provar.¹¹

O método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular.

A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica. “Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.”¹²

1.2.2 Método sistemático

É aquele meio do qual novos conhecimentos são colectados, de fontes primárias ou de primeira mão. A pesquisa não é apenas confirmação ou reorganização de dados já conhecidos ou escritos nem a mera elaboração de ideias; ela exige comprovações e verificação. Da ênfase ao descobrimento de princípios gerais, transcende as situações particulares e utiliza procedimentos de amostragem para inferir na totalidade ou conjunto da população.¹³

O método sistémico é um conjunto de passos sistematizados que nos leva a aplicar o pensamento sistémico de maneira organizada, de modo que a cada passo se atinjam resultados que servem como entradas nos passos subsequentes. Com a evolução do processo, aprofunda-se a aprendizagem sobre uma situação de interesse. Com o uso do método, mantém-se a direcção nos objectivos intermediários e finais, mas alcança-se um subproduto maior: aprendizagem e desafio aos modelos mentais que impedem uma visão mais ampla e a sustentabilidade das soluções.¹⁴

¹¹ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.57.

¹² GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas De Pesquisa Social*, 6ª edição, editora atlas S.A, São Paulo-Brasil, 2014, p. 9.

¹³ MARCONI, Maria Andrade De; Lakatos, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa*, 7ª edição, editora Atlas S.A, São Paulo – Brasil, 2012, p. 3.

¹⁴ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de, *metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisae do Trabalho Académico*, 2ª edição, Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul – Brasil, 2013, p. 36.

1.2.3 Método hermenêutico

Também nos valem do método hermenêutico pela prática de interpretação de textos constantes na norma constitucional, processual civil e legislações avulsas. Este método consiste na interpretação de textos inspirados em jurisprudências, ou seja é o método pelo qual se ocupa da interpretação das normas jurídicas, estabelecendo modos para a compreensão legal.¹⁵

Este método, dá ênfase no papel do sujeito da ação e reconhece a parcialidade da visão do observador. Ao propor modelos de representação de variáveis e de tipos, busca a interpretação dos significados das coisas.¹⁶

1.2.4 Método comparativo

O método comparativo ocupa-se da explicação dos fenômenos e permite analisar o dado concreto, deduzindo desse “os elementos constantes, abstratos e gerais.”¹⁷

Comenta que o método comparativo procede pela investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, com vistas a ressaltar as diferenças e as similaridades entre eles. “Sua ampla utilização nas ciências sociais deve-se ao fato de possibilitar o estudo comparativo de grandes grupamentos sociais, separados pelo espaço e pelo tempo”.¹⁸

Centrado em estudar semelhanças e diferenças, esse método realiza comparações com o objetivo de verificar semelhanças e explicar divergências. O método comparativo, ao ocupar-se das explicações de fenômenos, permite analisar o dado concreto, deduzindo elementos constantes, abstratos ou gerais neles presentes. Algumas vezes, o método comparativo é visto como mais superficial em relação a outros. No entanto, existem situações em que seus procedimentos são desenvolvidos mediante rigoroso controle e seus resultados proporcionam elevado grau de generalização.

Nesse sentido, esse estudo envolveu método hermenêutico e o método comparativo, no sentido de interpretar, examinar ou fixar o sentido de um texto escrito ou teor de um texto legal para que dele se tenha sua exata significação, foi suportando-se nestes

¹⁵ LAKATOS; Marconi de, *Fundamentos De Metodologia Científica*, A6. Edição. 5. Reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007, p. 107.

¹⁶ GIL, Antônio Carlos, *ob. cit.*, p. 18-24.

¹⁷ LAKATOS, E. M; Marconi, M. de A., *Ob. Cit.*, p. 107.

¹⁸ GIL, Antônio Carlos, *ob. cit.*, p. 16-17.

métodos, que nos permitiu interpretar e analisar o costume como fonte da relação jurídico privado no ordenamento jurídico moçambicano.

1.3 Pesquisa

A pesquisa é um “procedimento reflexivo sistemático, controlado e crítico, que permite descobrir novos fatos ou dados, relações ou leis, em qualquer campo do conhecimento”. A pesquisa, portanto, é um procedimento formal, com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais.¹⁹

A pesquisa tem por objectivo estabelecer uma serie de compreensões no sentido de descobrir respostas para as indagações e questões que existem em todos os ramos do conhecimento humano, envolvendo o mundo social, vegetal, animal, mineral, além do espaço e do mundo marinho. Pesquisar significa planejar cuidadosamente uma investigação de acordo com as normas da metodologia científica, tanto em termos de forma como de conteúdo. A pesquisa tem por finalidade tentar conhecer e explicar os fenómenos que ocorrem nas suas mais diferentes manifestações e a maneira como se processam os seus aspectos estruturais e funcionais, a partir de uma serie de interrogações.²⁰

1.3.1 Tipo de pesquisa

A pesquisa é um “procedimento reflexivo sistemático, controlado e crítico, que permite descobrir novos fatos ou dados, relações ou leis, em qualquer campo do conhecimento”. A pesquisa, portanto, é um procedimento formal, com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais.²¹

Para a realização do presente trabalho decidimos utilizar os seguintes tipos de pesquisas: quanto aos objectivos, quanto à natureza, quanto abordagem do problema, e quanto aos procedimentos técnicos.

¹⁹MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ª Edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003, p. 155.

²⁰ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.117-118.

²¹MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *ob., cit.*, p. 155.

1.3.1.1 Quanto aos Objetivos

Quanto aos objetivos, CASTRO, ensina que, genericamente, as pesquisas científicas podem ser classificadas em três tipos: exploratória, descritiva e explicativa. Cada uma trata o problema de maneira diferente²².

1.3.1.1.1 Pesquisa exploratória

Os estudos exploratórios tem como objectivo a formulação de um problema para efeitos de uma pesquisa mais precisa ou, ainda, para a elaboração de hipóteses.

Além do objectivo supra, os estudos exploratórios podem ter outros aspectos, tais como o de possibilitar ao pesquisador fazer o levantamento provisório do fenómeno que deseja estudar de forma mais detalhada e estruturada posteriormente, além da obtenção de informações acerca de um determinado produto.²³

1.3.1.1.2 Pesquisa descritiva

A pesquisa descritiva tem por finalidade observar, registrar e analisar os fenómenos sem, entretanto, entrar no mérito do seu conteúdo. Visa descrever as características de determinada população ou fenómeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis. Envolve o uso de técnicas padronizadas de coleta de dados: questionário e observação sistemática. Assume, em geral, a forma de Levantamento.

Na pesquisa descritiva não há a interferência do investigador, que apenas procura descobrir, com o necessário cuidado, a frequência com que o fenómeno acontece.²⁴

1.3.1.1.3 Pesquisa explicativa

A pesquisa explicativa visa identificar os factores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenómenos, aprofunda o conhecimento da realidade porque explica a razão, o “porquê” das coisas. A razão de escolha deste tipo de pesquisa se justifica pela capacidade que este tipo de pesquisa tem em detalhar como decorrem as situações.

Com fortes influências da pesquisa de natureza explicativa. Porque o principal objectivo é explicar e racionalizar o objecto de estudo e tentar construir um conhecimento totalmente novo. É nessa senda que, a partir do objecto do estudo, “análise do costume como

²² CASTRO, Cláudio de Moura, *Estrutura e apresentação de publicações científicas*, Mc Graw-Hill, São Paulo, 1976, pp. 17

²³ OLIVERIRA, Silvio Luis De, *Tratado de Metodologia Científica*, editora afiliada, São Paulo-Brasil, 1999, p.134-135.

²⁴ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.128.

fonte da relação jurídico privado no ordenamento jurídico moçambicano”, Buscamos construir categorias que possam dar resposta mais precisa a volta do objecto do nosso estudo. Assim, definimos como objectivos específicos os seguintes: discutir em volta das fontes do Direito na ordem jurídica moçambicana; comparar a relevância do costume como fonte do Direito com outros ordenamentos jurídicos; e, aferir o impacto jurídico-social do costume como fonte de Direito no ordenamento jurídico moçambicano tendo presente os aspetos culturais de que faz parte.

O trabalho foi realizado baseando-se numa pesquisa exploratória, utilizando-se como forma de auferir a análise do costume como fonte da relação jurídico privado no ordenamento jurídico moçambicano, sendo um estudo sistematizado por material publicado em livros, oferecendo assim o material analítico para o acesso do pesquisador a matéria necessária, a bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado constituído principalmente livros e artigos científicos.²⁵

1.3.2 Quanto a natureza

Nesse tipo de pesquisa, pode-se classificar em básica, tórica, de campo e aplicada.

1.3.2.1 Pesquisa aplicada

Objectiva gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos. Envolve verdades e interesses locais.²⁶

Requer determinadas teorias ou leis mais amplas como ponto de partida, e tem por objectivo pesquisar, comprovar ou rejeitar hipóteses sugeridas pelos modelos teóricos e fazer a sua aplicação às diferentes necessidades humanas.

1.3.2.2 Pesquisa teórica

Tem por objectivo ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar e enfeixar hipóteses numa visão mais unitárias do universo e gerar novas hipóteses por força de dedução lógica. Exige síntese e reflexão.²⁷

²⁵ THIOLLENT, Michel, *Metodologia da pesquisa*. 2. Ed são Paulo: Cortez, 1986, pág. 14

²⁶ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de, *metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisae do Trabalho Académico*, 2ª edição, Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul – Brasil, 2013, p. 51.

²⁷ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.123.

1.3.2.3 Pesquisa de campo

Consiste na observação dos factos tal como ocorrem espontaneamente, na colecta de dados e no registo de variáveis presumidamente para posteriores análises. Este tipo de pesquisa não permite o isolamento e o controle das variáveis supostamente relevantes, mais possibilita o estabelecimento de relações constantes entre determinadas condições (variáveis independentes) e determinados eventos (variáveis dependentes), observando e comprovando.²⁸

No caso em concreto, o trabalho usou-se a pesquisa aplicada como forma de comprovar até ponto poderá o costume ser considerada fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano.

1.3.3 Quanto a abordagem do problema

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa científica pode ser classificada em dois tipos básicos: qualitativa e quantitativa. De acordo com TRIVIÑOS citado pelo professor MAXWELL FERREIRA DE OLIVEIRA, diz que, a abordagem de cunho qualitativo trabalha os dados buscando seu significado, tendo como base a percepção do fenómeno dentro do seu contexto²⁹.

1.3.3.1 Pesquisa qualitativa

A pesquisa quantitativa, considera que tudo pode ser quantificável, o que significa traduzir em números opiniões e informações para classificá-las e analisá-las. Requer o uso de recursos e de técnicas estatísticas (percentagem, média, moda, mediana, desvio-padrão, coeficiente de correlação, análise de regressão, etc.).³⁰

1.3.3.2 Pesquisa quantitativa

A pesquisa qualitativa, considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenómenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave. É descritiva. Os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem.³¹

²⁸ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.124.

²⁹ OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de, *Metodologia Científica: um manual para a realização de pesquisas em administração*, UFG, Catalão, 2011, p. 25.

³⁰ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.115.

³¹ OLIVERIRA, Silvio Luis De, Ob. Cit., p.116.

Sendo assim, no trabalho apresentado, no que tange à abordagem, tipo de pesquisa usada foi a pesquisa qualitativa pois, os dados foram trabalhados procurando seu alcance, tendo como suporte a compreensão do costume como fonte da relação jurídico privado no ordenamento jurídico moçambicano.

1.3.4 Quanto aos procedimentos técnicos

Quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa pode ser bibliográfica, e documental.

1.3.4.1 Pesquisa Bibliográfica

A pesquisa bibliográfica, ocorre quando é feita a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na Internet.³²

1.3.4.2 Pesquisa Documental

A pesquisa documental ocorre quando elaborada a partir de materiais que não receberam tratamento analítico.³³

Portanto, sob o ponto de vista dos procedimentos técnicos, tratou-se de uma pesquisa bibliográfica. Ou melhor, para MARCONI e LAKATOS, a técnica de coleta de dados de pesquisa bibliográfica, tem como base os dados já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, etc.³⁴

Partindo do princípio dos autores acima citados, a pesquisa é bibliográfica quando for desenvolvido de materiais já publicados, onde o investigador faz leitura de obras que desenvolvem um determinado estudo e que desperte em si, a necessidade de aprofundar esse assunto a partir. Durante a realização da pesquisa, é fundamental a exploração de jornais, revistas, materiais de internet, livros e bem como artigos.

A recolha de dados foi feita com base na revisão bibliográfica, tendo atenção que foi necessário recorrer aos manuais, doutrinas para a elaboração da mesma monografia.

³² APPOLINÁRIO, Fabio, *metodologia científica*, editora thomson, São Paulo-brasil, 2006, p. 34.

³³ APPOLINÁRIO, Fabio, Ob. Cit., p. 35.

³⁴ MARCONI, Mariana de Andrade, LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração e interpretação de dados*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo: 1998. pág. 57

1.4 Técnica de discussão de dados

Sendo uma pesquisa múltipla (segundo a natureza, abordagem, objectivos e procedimentos técnicos), teve como base de discussão dos resultados a análise do conteúdo, que consiste na leitura e interpretação dos conteúdos abordados na fase da apresentação e análise dos dados, isto é, a base da discussão assenta nos resultados interpretados das diversas categorias do estudo.

A análise de conteúdo, coadjuvado com o método hermenêutico, foi tomada como base neste estudo, na medida em que representa um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter dados, através de procedimentos sistemáticos e objectivos de descrição do conteúdo das mensagens, que permitiram inferir conhecimentos relativos às condições de produção ou de recepção dessas mensagens”. Que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.³⁵

1.5 Técnicas de coleta de dados

As técnicas de coleta de dados qualitativos são os métodos utilizados para obter informações detalhadas, ricas em contexto e subjetivas sobre fenômenos, experiências e opiniões. Ao contrário dos métodos quantitativos, que se concentram em dados numéricos, os métodos qualitativos se baseiam em dados descritivos e interpretativos.³⁶

Entre as principais técnicas de coleta de dados qualitativos, destacam-se: entrevistas em profundidade, grupos focais, observação participante, análise de documentos e estudo de caso.

Mas no caso em concreto, pautou-se no uso da técnica de análise de documentos. Portanto, esta técnica envolve a análise de documentos, como diários, relatórios, cartas, fotos, vídeos, entre outros, que são relevantes para a pesquisa.³⁷ Neste contexto, a Autora procurou examinar e interpretar os materiais para extrair informações significativas.

1.6 Instrumento de recolha de dado

Foram definidos como instrumentos de recolha de dados, o levantamento bibliográfico e documental, instrumentos que nos permitiram uma análise profunda das questões a volta do problema.³⁸

³⁵ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *ob., cit.*, p. 188.

³⁶ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *ob., cit.*, p. 183.

³⁷ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *ob., cit.*, p. 189.

³⁸ GIL, António Carlos, *ob., cit.*, p. 121.

Esse procedimento trata conteúdos já existentes, esteja o material para análise disponível em livros, artigos, fotos, documentos ou relatórios arquivados.

A partir deles é possível comparar a diferença entre dados de diferentes épocas ou constatar semelhança de informações ao decorrer do tempo, visando sempre o tratamento do máximo de dados possível.

1.7 Análise e interpretação de dados

Para a análise dos dados optamos pelo uso de análise qualitativa em que os procedimentos analíticos podem ser definidos previamente, não há fórmulas ou receitas predefinidas para orientar o pesquisador. Assim, a análise de dados na pesquisa qualitativa passa a depender muito da capacidade e estilo do pesquisador.³⁹

A interpretação de dados é entendida como um processo que sucede à sua análise. Mas esses dois processos estão intimamente relacionados. Portanto, tratando-se pesquisa qualitativa não há como separar os dois processos.⁴⁰

³⁹ GIL, António Carlos, *ob., cit.*, p. 175.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 177.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO PARA A ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.

Neste capítulo procuramos fazer um esboço em prol do referencial teórico contemplando apenas o ponto de vista da Lei, doutrina e jurisprudência de aspectos relacionados com o tema a análise do costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano.

1.1 Análise conceptual do Costume

1.1.1 Noção do Costume

Definindo, diríamos que o costume é a regra não ditada em forma de comando, pelos poderes públicos mas resultante de um uso geral e prolongado e de existência de uma sanção pela sua inobservância. Refere-se também a regra não ditada em forma de comando pelos poderes públicos, mas resultante de um uso geral e prolongado e da existência da generalidade convicção da conformidade dessa prática com o direito.⁴¹

O costume consiste, portanto, na prática de uma determinada forma de conduta, repetida de maneira uniforme e constante pelos membros da comunidade. A Doutrina costuma exigir a concorrência de dois elementos para a caracterização do costume jurídico, o elemento objetivo e o elemento subjetivo. O elemento objetivo ou material do costume corresponde à prática, inveterada e universal, de uma determinada forma de conduta. O elemento subjetivo ou espiritual consiste no consenso, na convicção da necessidade social daquela prática. Em nossa sistemática, o costume é colocado em posição secundária, conforme decorre das disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.⁴²

1.2 Os Elementos do Costume

Os doutrinários⁴³ apresentam como principais elementos do Costume, os seguintes:

⁴¹ PRATA, Ana, “Costume” in Dicionário Jurídico, 5ª edição actualizada, Almedina Editora, Coimbra-Portugal, 2008, p.405.

⁴² CHORÃO, Mário Bigotte, *Temas fundamentais de direito*, Coimbra, 1991, p. 45.

⁴³ RIBELO, Marcelo; GALVÃO, Sofia, *introdução ao estudo do direito*, vol. I, 4ª edição, Lisboa-Portugal, 2000, P. 131-132.

- I. **O Uso:** que é o elemento material do costume, o qual se apelida de **corpus do costume**. É a acção externa. O uso é a observância habitual de certa conduta. Este deve ser geral e racional;
- II. **A convicção da respectiva obrigatoriedade pela sociedade que o pratica;** este é o elemento espiritual e psicológico, também considerado elemento subjectivo. É o **animus do costume**.

No entanto, além destes principais elementos do Costume, alguns doutrinários apontam outros elementos, pese embora que estes sejam irrelevantes, a saber:

- a) **A racionalidade:** significa que o costume tem de ser racional;
- b) **O reconhecimento:** isto é, que o costume tem de ser reconhecido pelo poder político do Estado;
- c) **A imposição:** que o costume deve ser efectivamente imposto pelos órgãos do poder político;
- d) **Espontaneidade:** o costume tem de ser espontâneo.

Importa referir que se trata de propostas irrelevantes, visto que os principais elementos do costume são apenas dois: **uso e convicção da respectiva obrigatoriedade**.

O costume decorre dos movimentos sociais, tendo como núcleo fundamental a racionalidade humana. JÓNATAS DE PAULA⁴⁴, recorrendo aos autores como KANT e SHOPENHAUER, sustenta que a evolução dos movimentos sociais recorre ao início da história humana, quando o ser humano se distinguiu dos demais seres vivos razão da sua intelectualidade e de sua capacidade de organizar, comandar e interagir relações humanas. O autor avança mais afirmando que modernamente, a respeito da evolução técnica do direito, de todo aparato tecnológico e da dinâmica legislativa, o costume possui importante papel na esfera jurídica.

A doutrina vem definindo o costume como uma prática social reiterada (*corpus*), acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade (*opinio iuris*). Nesse conceito pode-se chegar a um entendimento de existência de uma situação de imediação entre prática social e norma jurídica, o que torna incluir o costume no âmbito das fontes de direito é do entendimento, ainda da doutrina, que o Direito Romano teve origem consuetudinária⁴⁵. Porém, com o

⁴⁴ PAULA, Jónatas Luiz Morera de, *O Costume no Direito*, Akropolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR, V.5, 18 (1987), disponível no site revistas.unipar.br/infex.php/akropolis/article/view/1695 – acessado nos dias 4 de Maio de 2023.

⁴⁵ CORDEIRO, António Meneses, *Tratado de Direito Civil I: Introdução, Fontes do Direito; Interpretação da Lei; Aplicação das leis no tempo; Doutrina Geral*. 4ª Edição, Reformulada e Actualizada, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 558.

desenvolvimento voluntarístico do Direito, como foram os casos de leis, editos, senátus-consultos e jurisprudentes, o puro costume recuou, ou foi absorvido. O que implica dizer que com a racionalização do Direito e as codificações o costume regrediu. Mesmo assim, o costume teve alguma vitalidade em Estados descentralizados, que comportassem vários povos ou nações como à Espanha, enquanto especificidades regionais e em espaços que houvessem retardado a codificação do seu Direito civil, como Alemanha⁴⁶. Portanto, o costume tem o fundamento da validade em si mesmo, enquanto fonte de normas. Esse facto pode-se depreender no espírito do povo, na vontade comum dos membros da comunidade ou na própria natureza das coisas.

Nesse corolário, autores como António Meneses Cordeiro define o costume como uma prática reiterada (*o corpus*) acompanhada da convicção de obrigatoriedade (*o animus*)⁴⁷.

A mesma visão conceptual é apresentada pelo MIGUEL REALE: “o costume é o nome dado a qualquer regra social resultante de uma prática reiterada de uma forma generalizada e prolongada, o que resulta numa certa convicção de obrigatoriedade, de acordo com cada sociedade e cultura específica”⁴⁸. Nesse conceito evidenciam-se os elementos básicos do costume jurídico que lhe dão juridicidade: a generalidade e o senso da obrigatoriedade.

Tendo o costume as características da espontaneidade e do nacionalismo popular, não basta fazê-lo de fonte de direito, sem necessariamente sujeitá-lo a um tratamento analítico e científico.

1.3 Requisitos do Costume

Para tanto, reserva-nos fazer a distinção dos seus requisitos e os fundamentos de validade. Segundo o António Meneses Cordeiro⁴⁹, temos como requisitos:

- a) A Conduta (o *corpus*): A conduta deve ser generalizada ou, pelo menos, conjunta: com+suetu. Aqui importa destacar que o preciso âmbito da conduta, será, tomada em consideração, de tal modo que a generalidade dos membros da comunidade seja capaz de o identificar;
- b) A Conduta reiterada: Exige-se que a conduta seja reiterada e que isso suceda há algum tempo significativo;

⁴⁶ CORDEIRO, António Meneses, **Ob., Cit.**, p.558.

⁴⁷ CORDEIRO, António Meneses, **Ob., Cit.**, p.558.

⁴⁸ REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 121.

⁴⁹ CORDEIRO, António Meneses, **Ob., Cit.**, p.562.

- c) A Racionalidade: O autor em destaque aponta como terceiro elemento ou requisito do costume, a sua racionalidade que significa a sua compatibilização com o Direito no seu todo.
- d) A espontaneidade: O costume deve ser espontâneo, no sentido de que a repetição de condutas que está na sua base não pode resultar da mera imposição de um poder ou de um grupo social. Este requisito está abrangido pela convicção de obrigatoriedade. Por isso se uma prática resulta de mera imposição, não há ainda convicção de obrigatoriedade, e assim sendo, não podemos falar do costume.

1.4 Elementos constitutivos do costume

Basicamente distinguem-se no costume dois elementos⁵⁰ constitutivos essenciais:

1.4.1 O uso

Um uso é simplesmente uma prática social reiterada. A afirmação da sua existência resulta de uma mera observação de facto. Para António Menezes Cordeiro⁵¹, o uso, é, na noção habitual, uma prática social reiterada, independentemente da convicção da obrigatoriedade.

O Código Civil nada dispõe, em geral, quanto ao costume. Mas no que respeita aos usos, contém um pequeno subsistema regulador. No seu art. 3º, epígrafado “valor jurídico dos usos”, dispõe:

- a) Os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine;
- b) As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Partindo do preceituado no nº 1 do art. 3º do Código Civil, se apercebe que, por lhe faltar uma juridicidade própria, o uso não consubstancia um modo autónomo de criação do Direito. Só vale na medida em que a lei a colher e na exacta medida desse acolhimento. Em suma, reconhece-se a falta de uma juridicidade própria. Ao uso falta o sentido do cumprimento do dever.

1.4.2 A convicção de obrigatoriedade

Em conformidade com Ascensão⁵², quando se refere da convicção de obrigatoriedade, fala-se normalmente na *opinio iuris vel necessitatis*. Esta afirmação quer

⁵⁰ FONTES, José, *Teoria Geral do Estado e do Direito*, 3ª Revista e Actualizada, edição, Coimbra editora, 2010, pp. 240 – 242.

⁵¹ CORDEIRO, António Meneses, ob., cit., p. 573.

⁵² ASCENSÃO, José Oliveira, ob. cit., p. 266.

significar que os membros daquele círculo social devem ter a consciência, mais ou menos precisa, de que há uma obrigatoriedade naquela prática, pois não deriva só da cortesia ou da rotina. É só quando se forma a convicção de que deve proceder-se segundo aquele uso que se pode dizer que há costume, e, portanto, estão implicadas regras jurídicas, visto que os fenómenos sociais não implicam elucubrações jurídicas associadas. Diz-se o que é, com o sentido de que deve ser.

Fala-se na *opinio iuris vel (ou) necessitatis*. Seria, na óptica de José Oliveira de Ascensão, uma convicção também de necessidade. Normalmente haverá também a convicção de que o uso não representa nada de casual, antes é necessário para a comunidade. Mas isso poderá não acontecer sempre, nem se confunde com a convicção de obrigatoriedade. Partindo desta perspectiva, pode-se tirar a ideia de que o mero uso, só por si, não é suficiente para definir o costume. Pode existir uso sem que esse uso se juridifique e crie Direito. Esta visão pode ser fundamentada nos ensinamentos do Marcelo Rebelo de Sousa et al:

“O Direito é uma ordem imperativa, o que significa toda a juridificação passa pelo sentido do cumprimento do dever. O Direito é uma ordem dotada de coercibilidade, o que implica que não se pode deixar de supor que a consciência da sanção decorrente do não acatamento da regra nasce da convicção da obrigatoriedade de certa conduta”⁵³.

Partindo do ensinamento do MARCELO REBELO DE SOUSA, há dois pressupostos essenciais no conceito de costume: 1º a relevância do costume não depende do reconhecimento da lei e 2º a relevância do costume não depende de uma efectiva aplicação coactiva. Por outras palavras o autor em referência pretende nos mostrar que o costume é uma forma autónoma de criação do Direito que não carece de consagração legal e que subsiste independentemente de os Tribunais e a Administração Pública serem chamados a aplicá-lo, sancionando os seus infractores.⁵⁴

Ainda no âmbito da análise do valor jurídico do costume, René David, inquieta-se pelo facto de se manter ainda nos dias de hoje, a concepção romano-canónica do costume, procurando-se colocar todos os costumes no quadro da lei, mesmo se, para isso, tivermos de apresentar falsamente, como sendo conformes à lei, costumes que, realidade, preenchem lacunas ou mesmo vão contra à lei. Perde-se assim, o seu carácter de fonte autónoma do direito⁵⁵. Nessa perspectiva, acautela o autor, René David, não se deve atribuir um valor em si

⁵³ SOUSA, Marcelo Rebelo de, ob. cit., p. 150.

⁵⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de, ob. cit., p. 151.

⁵⁵ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, 2ª ed., Meridiano, Lisboa, 1972, p. 141.

ao costume; ele apenas deve ser consagrado na medida em que serve para indicar a solução justa. O jurista não deve, portanto, aplicá-lo dum modo automático. Deve exercer sobre ele a sua crítica e interrogar-se sobre a sua razoabilidade⁵⁶.

O costume é uma fonte de Direito que se situa ao lado da lei. Uma fonte autónoma ao lado de outra fonte de criação autónoma. Por isso, o costume pode acompanhar a lei, ir para além da lei ou opor-se à lei⁵⁷. Aqui pretende-se falar do costume *secundum legem* (no primeiro caso), *praeter legem* (no segundo caso) e no terceiro e último caso, costume contra *legem*⁵⁸.

Naturalmente que os mais frequentes são os casos de costume contra e *praeter legem*. As situações de costume *secundum legem* são, na maioria da doutrina, raras-caracterizam os sistemas dualista no seio dos quais coexistem, em zonas bem diferenciadas da sociedade, Direito legislado e Direito consuetudinário.

1.5 Funções do costume

Tendo em vista as várias discussões doutrinárias, podemos ilidir que o costume se constitui numa fonte onde o legislador poderá se inspirar diante das lacunas que, certamente, a lei apresenta fonte de interpretação da lei. Nesse contexto, tendo como referencia aos autores como Jónatas de Paula⁵⁹, as funções do costume circunscrevem-se nos seguintes:

- 1) O costume constitui-se como fonte inspiradora do legislador, fonte suplementar diante das lacunas da lei e fonte de interpretação da lei. Nesse corolário, se o Direito se vale do contexto social para justificar a sua existência, logo pode-se afirmar que o costume vem a ser o melhor caminho para exprimir o direito. Sendo assim, encontra-se no costume três funções primordiais que se seguem: a função de inspirar o legislador; a função de complementar a lei diante de lacunas, e a função de interpretar a norma legal. Nesta perspectiva podemos nos suportar nas lições do René David, que aponta a função prática do costume, como “suplemento da lei, na predisposição de que ela deve ser

⁵⁶ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁷ “Quando o costume acompanha a lei, fala-se em costume *secundum legem*, isto é, o costume com o mesmo conteúdo que a lei. O que se passa, portanto, é que a conduta devida é adoptada não em função da lei que a impõe, mas do costume de conteúdo idêntico a essa lei, havendo a convicção da obrigatoriedade do cumprimento desse costume. No segundo caso (o costume pode ir para além da lei), fala-se do costume *praeter legem*, ou costume que regula matéria não prevista pela lei. No terceiro caso (o costume que se opõe à lei), pode-se falar do costume *contra legem*, ou costume de conteúdo oposto ao de lei anterior” (SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia, Introdução ao Estudo do Direito, 5ª ed., Lex Lisboa, 2000, p.152.

⁵⁸ DAVID, René, ob., cit., pp. 140-141.

⁵⁹ PAULA, Jónatas Luiz Moreira de, ob., cit., p. 76.

compreendida, na medida em que as noções às quais recorre o legislador exigem ser esclarecidas do ponto de vista do costume”⁶⁰.

- 2) Quando o costume é transformado em lei escrita, a doutrina denomina costume *secundum legis*.
- 3) Na perspectiva do Miguel Reale⁶¹, pode-se apontar a função relevante que o costume continua desempenhando na experiência jurídica de nossos dias. O Direito costumeiro tem uma força para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional. A esse propósito, Hans Kelsen⁶², apresentou os costumes internacionais como fundamento real do Direito Internacional.
- 4) Partindo da distinção entre o Direito Público e Direito Privado, pode-se afirmar que no primeiro (Direito Público), os costumes desempenham papel mais relevante. Em algumas Nações, o Direito Público é, todo ele, no que tem de essencial, de natureza consuetudinária.

1.6 O Direito Consuetudinário ou Costumeiro

O direito que estamos nos propondo aqui analisar é aquele que representa não apenas os princípios normativos existentes em uma dada sociedade, mas também o que actua como parte integrante dos processos sociais.⁶³ É a perspectiva que se aproxima da antropologia do direito que, segundo o qual, tem como característica fazer uma abordagem das leis por meio de um fenómeno histórico e cultural, cuja eficácia social e dinamismo devem ser explicados pela inter-relação entre valores e interesses de determinados grupos sociais, com contextos sociais mutáveis e com usos e costumes diversificados (preexistentes ou alternativos). Essa característica de compreender o direito respeitando o dinamismo social e os fenómenos históricos e culturais é muito importante para situar o direito consuetudinário, também conhecido pelo direito costumeiro, pois este, ao contrário do que se possa imaginar, não se refere a um conjunto de normas imutáveis e inalteradas desde um tempo imemorial, mas sua concepção actual é de que ele contempla diversos aspectos, que vão desde elementos culturais

⁶⁰ DAVID, René, ob., cit., p. 140.

⁶¹ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª edição, revista, editora Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 160.

⁶² KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., tradução português, vol. II, Coimbra, 1962, apud REALE, Miguel, *ibidem*, p. 160.

⁶³ MORAIS, Barbosa Alberto, *Pluralismo jurídico em moçambique: análise da efectivação da lei n° 4/92, de 6 de maio, como manifestação do pluralismo jurídico, consagrado nos termos do artigo 4° da CRM*, Tese de Doutoramento em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade UCM de Nampula, 2020, disponível no site https://run.unl.mz/bitstream/10362/19529/1/barbosa_morais_2020.pdf.

de períodos pré-coloniais até referenciais contemporâneos que foram incorporados dinamicamente em sua cultura.⁶⁴

Nos ensinamentos de Luís Lorenzetti, o costume, quando é explicitado pela doutrina, atinge uma formulação conceitual que permite falar do direito consuetudinário. A África viveu durante séculos sob domínio de um direito essencialmente consuetudinário. A submissão do costume era espontânea, cada indivíduo sentia-se obrigado a viver como haviam vivido os seus antepassados; o temor das forças sobrenaturais era por si suficiente, na maioria das vezes, para impor o respeito e a observância dos modos tradicionais de vida. Obedecer ao costume é um testemunho de respeito à memória dos antepassados, cujas ossadas se misturam com o solo e cujos espíritos velam pelos vivos⁶⁵.

O direito consuetudinário africano pode ser definido como “o conjunto de normas e preceitos que emanam da vontade dos antepassados (ancestrais) e cuja função não consiste somente em solucionar conflitos de interesses individuais, mas essencialmente em promover o equilíbrio e o controlo social”⁶⁶. Pode-se perceber que ao conceito está ligado o “elemento religioso”, na medida em que sobressai o receio do castigo sobrenatural que garante a coercitividade e legitimidade das regras costumeiras. O costume está ligado ao espírito dos africanos, a uma ordem mítica do universo⁶⁷. Na medida em que a sua transgressão poderá provocar reacções desfavoráveis dos génios da terra, tendo em vista que “o mundo africano”, há toda uma ligação de fenómenos: o natural e o sobrenatural, o comportamento do homem e os acontecimentos da natureza⁶⁸.

Em conformidade com René David, os costumes africanos são múltiplos e variados. Por exemplo a antiga África Equatorial Francesa e o antigo Congo Belga comportam à volta de 1.500 étnias, a África Oriental Inglesa 200, Madagáscar 19. No Senegal apenas 68 costumes estão oficialmente reconhecidos por uma decisão de 28 de Fevereiro de 1961; entre estes costumes 20 são quantificados de costumes islamizados e 7 de costumes cristãos⁶⁹. Nessa perspectiva cada comunidade tem os seus usos e costumes próprios, bastando-se a si mesma.

⁶⁴ OLIVEIRA, João Pacheco de, *Indigenismo e Territorialização: Poderes, Rotinas e Saberes Coloniais no Brasil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Contra-Capa, 1985., apud CURI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, in Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, pp. 230-247, jul./dez. 2012, Artigo publicado <https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/> acessado nos dias 27/02/2019.

⁶⁵ DAVID, René, ob., cit. p. 605.

⁶⁶ ANDRÉ, Bento Zalazar, *Recepção no Sul de Angola (Direito Consuetudinário) do Direito Português das sucessões*, apud BUCHILI, Beatriz, *ibidem.*, p.42.

⁶⁷ DAVID, René, *ibidem*, p. 605.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 605.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 604.

Podemos constatar também a variedade de costumes na realidade moçambicana. Dessa forma em Moçambique prevalecem variedades de normas costumeiras, tendo em atenção as múltiplas comunidades étnicas, relevantes na resolução de conflitos e na actuação social no âmbito das comunidades.

É nessa perspectiva que o Código Civil moçambicano já fala do costume e do direito consuetudinário nos termos do artigo 348º, e apregoa o seguinte:

- 1) Aquele 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.
- 2) O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.
- 3) Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum moçambicano”.

Tendo em vista ao preceituado no art. 348º do Código Civil, nota-se que a invocação do direito consuetudinário, local, ou estrangeiro, não quer referir-se apenas ao direito costumeiro (quer este seja local, quer seja estrangeiro), mas sim ao direito consuetudinário, ao direito local e aos direitos estrangeiros. Para todos eles podemos ilidir da existência de uma validade jurídica das normas costumeiras, tanto de outras referidas no artigo em referência⁷⁰.

Porém, ressaltar que falar da validade da norma, nos leva abordar dois sentidos diferentes⁷¹: por um lado pode-se designar por este termo a eficácia das normas jurídicas, neste caso concreto, das normas costumeiras, por tanto a possibilidade segura de serem aplicadas e impostas; por outro lado, pela palavra “validade”, podemos pretender exprimir a ideia de que uma norma tem uma base de validade suficiente, por conseguinte, de que há um fundamento para o facto de dever ser observada.

O aspecto de validade referido em primeiro lugar (eficácias das normas jurídicas sendo aplicadas e impostas), parte da ideia de que o direito é, desde logo em virtude do seu conceito, uma ordem normativa realizada na vida: quando se fala de direito “vigente”, pensamos em normas a propósito das quais há a possibilidade de serem seguidas sem

⁷⁰ De forma mais profudada pode-se ver no VARELA, Antunes e LIMA, Pires, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª edição revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987, p.311.

⁷¹ ZIPPELIUS, Reinhold, ob., cit., pp. 47-48.

dificuldades ou de serem impostas, num procedimento juridicamente organizado, contra quem age ilegalmente. Validade neste sentido significa eficácia jurídica⁷².

Em conformidade com Roberto Lisboa⁷³, o sistema consuetudinário tem como fonte imediata o costume, uma vez que se trata do conjunto de regras não escritas, observadas há muito tempo pelos indivíduos, que são consideradas, como leis, na acepção jurídica do termo. Para Curi Melissa, não discordando com Roberto Lisboa, define o direito consuetudinário como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas. O verbete “consuetudinário” significa algo que é fundado nos costumes, por isso chamamos essa espécie de direito também de direito costumeiro⁷⁴.

Na abordagem conceptual do direito consuetudinário, Cuevas Gayosso⁷⁵ nos traz uma definição a que consideramos relevante, segundo a qual o direito costumeiro é uma regra de organização comunitária enraizada em uma visão cosmológica. Segundo o autor, dessa definição é possível retirar duas características principais: flexibilidade e profundidade. Entendemos que o termo “regra” usado na definição do Cuevas Gayosso, permite conceber o direito costumeiro como algo que não tem a mesma rigidez do termo “norma jurídica”, utilizado pelo direito positivo. O primeiro (o direito costumeiro) permite uma adaptação dentro da sociedade em que se manifesta; ao passo que o segundo (direito positivo), inserido em um contexto diverso, é rígido e sua aplicação corresponde à imposição da referida norma de conduta nos fenómenos sociais. As regras terão que se adequar às características da sociedade, convertendo-se em uma expressão comum, de um grupo determinado e com tendência em resguardar seus valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, Cuevas Gayosso⁷⁶ ressalta a origem fundamental das regras costumeiras, aquela que denomina “visão cosmológica”. Por meio da “visão cosmológica”, observam-se as diversas fontes do direito. Constatamos que não apenas a vontade do legislador é responsável por criar o direito, mas que as práticas quotidianas,

⁷² Para aprofundamento desta matéria vide na obra do ZIPPELIUS, Reinhold, ob., cit. pp. 47-59.

⁷³ LISBOA, Roberto Senise, *Manual do direito Civil*, Vol. 1: Teoria Geral do Direito: Saraiva, 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Editora, 2013.

⁷⁴ CURI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico, Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, pp. 230-247, jul./dez. 2012. Artigo publicado <https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/> acessado nos dias 27/02/2019.

⁷⁵ CUEVAS GAYOSSO, José Luís, *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz*, México, de la Norma a la Práxis, Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000. Apud CURI, Melissa Volpato, ibidem, pp. 230-247.

⁷⁶ CUEVAS GAYOSSO, ob., cit.

relacionadas à cosmovisão de diversos grupos sociais, resultam também nas criações de regras costumeiras que, mesmo informalmente, tornam-se legítimas para ordenar o convívio social.

Corroborando com os fundamentos conceptuais apontados pelos autores referenciados nos parágrafos anteriores, e num prisma de complementaridade, Mabasso⁷⁷ sustenta que O Direito Costumeiro constitui base para o estabelecimento da ordem e sancionamento de práticas consideradas ilícitas, principalmente em sociedades de base tradicional. Nisso, o Direito Consuetudinário apresenta características que o distanciam de outros sistemas legais a vários níveis da sua actuação. A esse respeito:

Ficou estabelecido que o direito costumeiro africano, à semelhança de qualquer sistema legal, consiste em diferentes tipos de princípios, normas e regras. Alguns desses princípios e regras estabelecem princípios gerais e abrangentes sobre a moralidade e a política pública para constituir um quadro ideológico de justiça aparentemente duradouro. Tais princípios de conotação abrangente, estabelecidos em termos multivocais e abrangendo muitos aspectos num vasto leque de acções, são flexíveis e adaptáveis a condições e padrões mutáveis⁵⁶⁴⁷⁸.

Desde logo depreende-se que o Direito Consuetudinário é estabelecido pelo uso social. É um direito consagrado dos próprios costumes do Povo e, conseqüentemente, contem normas não escritas, com regras e princípios próprios semelhantes a outro qualquer sistema legal.

Partindo deste pressuposto podemos concordar que, se o direito consuetudinário está assente no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura de um povo, inequivocamente, forma uma unidade compacta, isto de um lado; ainda pode-se afirmar que a força e conteúdo da tradição comunitária do direito consuetudinário está expressa nos usos e costumes, por outro lado. Como ensina Cuevas Gayosso⁷⁹, o direito costumeiro dos povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que atende princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceites e aplicadas pela sociedade porque a consciência colectiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as

⁷⁷ MABASSO, Eliseu, Língua oficial, Direito Positivo e Direito Costumeiro nas Esquadras de Moçambique: Um Caso para a linguística forense, in Rev. Cient. UEM, Ser: Letras e Ciências Sociais, Vol. 1, Nº 0, pp 40-61, 2012. Revista publicada no <http://www.revistacientifica.uem.mz/index.php/LCS/article/view/12>, acessado nos dias 27 de Fevereiro de 2019.

⁷⁸ *Ibidem*, pp 40-61.

⁷⁹ CUEVAS GAYOSSO, José Luis, ob., cit.

tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Do entendimento das várias concepções, apontadas na presente abordagem, podemos admitir que o direito consuetudinário corresponde uma série de costumes, práticas e crenças que são receptíveis ou mesmo aceites como regras obrigatórias de conduta de um determinado povo e comunidades locais. Equivale também dizer que o direito consuetudinário é uma parte intrínseca dos seus sistemas sociais e económicos e modos de vida desses povos e comunidades.

O direito consuetudinário apresenta uma variedade de atributos tendo em vista ao contexto em que o mesmo vigora. É nessa perspectiva que entre os principais atributos do direito consuetudinário podem encontrar-se, a sua legitimidade, flexibilidade e adaptabilidade.

Em alguns países o direito consuetudinário é reconhecido como uma fonte do direito, noutros países a sua função está limitada ao exercício da autonomia interna ou governo autónomo dos povos indígenas e comunidades locais, enquanto muitos países ainda não reconhecem formalmente o direito consuetudinário⁸⁰.

No ensinamento da Comissão Intergovernamental da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e os recursos genéticos, os conhecimentos tradicionais e o Folclore, o direito consuetudinário pode servir como:

- I. Base legal fundamental ou fonte de direito para os direitos legais de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;
- II. Elemento factual no estabelecimento dos direitos coletivos de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;
- III. Elemento da definição dos conhecimentos tradicionais, ou pode de outro modo estabelecer a relação entre os conhecimentos e uma comunidade, relação esta que é fundamental para o conceito de “conhecimentos tradicionais”;
- IV. Meio de determinar ou orientar os processos a utilizar para obter o “consentimento livre, prévio e esclarecido” de uma comunidade para o acesso a e/ou a utilização de conhecimentos tradicionais;

⁸⁰ Comissão Intergovernamental da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore, o Direito Consuetudinário e os Conhecimentos Tradicionais, Genebra Suíça, 2016, revista nº 7, disponível: www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_7.pdf, acessado nos dias 3 de Abril de 2019.

- V. Base de direitos específicos de usuário ou exceções, isentando as utilizações e práticas consuetudinárias duradouras de restrições legais relativas à utilização dos conhecimentos tradicionais;
- VI. Guia para a avaliação da ofensa ou dano cultural ou espiritual causado pela utilização inapropriada de conhecimentos tradicionais;
- VII. Modo de determinar ou orientar a maneira como os benefícios da utilização de conhecimentos tradicionais devem ser partilhados equitativamente numa comunidade;
- VIII. Meio de determinar medidas corretivas, sanções ou restituição apropriadas após uma violação de direitos relativos a conhecimentos tradicionais;
- IX. Meio de resolução de conflitos sobre a propriedade ou outras formas de detenção de conhecimentos tradicionais; e
- X. Guia em matéria de transmissão de direitos sobre conhecimentos tradicionais de geração em geração”⁸¹.

Tendo em vista a esta importância sobre conhecimentos tradicionais, o direito consuetudinário pode reger a maneira como devem ser empreendidas as consultas, como devem ser resolvidos os conflitos, como devem ser reconciliadas reivindicações concorrentes, e que penalidades e medidas corretivas devem ser aplicadas. O que implica admitir que o direito consuetudinário pode ter um lugar cimeiro do ponto de vista processual.

Importa destacar ainda que os valores morais desempenham um papel preponderante no sistema normativo consuetudinário e estes variam de acordo com os princípios estabelecidos em cada comunidade. É nessa perspectiva que o direito consuetudinário é fundamental para a própria identidade dos povos indígenas e das comunidades locais, pois define direitos, obrigações e responsabilidades dos membros relativamente a aspectos importantes das suas vidas, culturas e visões do mundo.

O direito consuetudinário pode referir-se à utilização aos recursos naturais, direitos e obrigações relacionados com a terra, as sucessões e a propriedade, condução da vida espiritual, preservação do património cultural, e muitas outras questões, bem como ao respectivo acesso.

⁸¹ *Ibidem*.

CAPÍTULO III: ANÁLISE DO COSTUME COMO FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.

Este capítulo irá debruçar-se sobre a análise dos resultados tendo em conta as categorias apresentadas no objectivo específicos, com o objectivo fulcral de analisar o costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano.

Abaixo é possível verificar que por questões de organização, a discussão foi feita em categorização tendo em conta aos métodos em conciliação com a análise e discussão apresentada pela autora.

2.1 Discussão em volta das fontes do Direito na ordem jurídica moçambicana.

2.1.1 O fundamento da obrigatoriedade do Costume

Sobre o costume se ocupam muitos pensadores políticos, juristas e filósofos.⁸² A intenção é a de desvendar-lhes os segredos, dentre eles aquele da razão de ser da sua legitimidade.

A questão é que o Costume é criado pelos interessados, com intuito de terem o Direito que regule os seus interesses. A criação do mesmo é aos poucos, através da própria conduta. Então, com que fundamento o Costume é criado? Porque é que as práticas por eles adoptadas obrigam juridicamente?

Para responder estas perguntas houve muitas correntes, mas que se podem resumir em três:

- 1) O costume como produto da vontade do legislador:** Segundo esta teoria o costume obriga porque tem o mesmo valor que a lei, isto é, confunde-se com a lei, tem a mesma origem e a mesma força, portanto (do mesmo modo que ela) deriva do legislador, de cuja vontade é expressão. Assim, sendo, a lei e o costume seriam dois corpos com a mesma alma, dois continentes com o mesmo conteúdo: a vontade legislativa. Se afirma que o costume vale juridicamente porque é obra do legislador; o Direito costumeiro ou consuetudinário é como uma legislação tácita. De facto, o legislador pode criar o Direito de duas maneiras: ou directamente, através daquilo a que se chama propriamente lei; ou indirecta e tacitamente, através do costume. Segundo esta linha de pensamento, o povo é o órgão criador do Direito: se cria numa assembleia política, faz a lei; se o cria aos poucos, através da gestão quotidiana dos seus interesses, faz o costume. Mas que o

⁸² TELLES, Inocêncio Galvão, **Ob. Cit.**, P. 84.

Costume quer a lei são a expressão da sua vontade soberana, valendo por conseguinte a mesma coisa. Ambos têm a mesma dignidade e a força da actividade legislativa.

2) O costume obriga porque o Estado o autoriza: Porque, realmente, o Direito positivo é monopólio das sociedades organizadas, é através dele que o Estado se estrutura e estabelece regras de pacífica e justa coordenação das actividades individuais. Só quem está investido na autoridade pode criar Direito. Isso significa que o costume, em si e por si, não é fonte jurídica, apesar dos requisitos que ele possua. O costume tem força substancial que lhe vem da vontade do povo e das exigências da vida. Mas a força formal deriva-lhe d um acto de aceitação por parte do Estado, que poderá ser prévio e genérico. Em conclusão, pode-se dizer que, segundo esta teoria, o Estado possui a linguagem do Direito de duas maneiras: já directamente através do legislador, já indirectamente através do povo; isso significa que diz caso a caso o que quer por via legislativa ou genericamente a vontade popular expressa em vestes consuetudinárias. Teoricamente, no campo dos princípios, **lei e costume estariam em pé igualdade:** nem supremacia da primeira sobre o segundo nem deste sobre a primeira. Isso não porque uma e outro fossem manifestações da vontade do legislador mas porque seriam ambos manifestações da vontade do Estado.

3) Corrente é a da Escola histórica do Direito: A Escola era de inspiração romântica. Segundo ela, o Direito assentava na consciência colectiva, na psique da comunidade, no espírito do povo. Do povo forjava e lançava as suas raízes. Assim, o povo era considerado como o primeiro, o grande, o verdadeiro legítimo criador do Direito. Deste modo, o legislador era um simples subordinado e muitas vezes falso intérprete dos seus desígnios e anseios. A lei constituía um mal, mas necessário, que se devia evitar o mais possível, deixando a criação do Direito principalmente à livre iniciativa e à livre intuição do povo. O costume, expressão directa da consciência social, era só por isso obrigatório e representava mesmo a fonte mais genuína do Direito. Segundo esta Escola, a origem última do direito está no povo, de harmonia aliás com o postulado da Constituição. Porém há que saber que o povo não exerce o a soberania directamente, mas sim a exerce através dos representantes, que são, nomeadamente, quem faz as leis. Ora, visto que o povo é titular da soberania, é legítimo que o Direito que por ele é criado de modo espontâneo, que é o Direito consuetudinário, tem o mesmo valor que o Direito legislativo. Desta feita, segundo esta Escola, não é correcto considerar que a supremacia quantitativa caiba a uma ou a outra, ou que entre eles haja antagonismo ou tensão,

porque, afinal de contas, o *costume e a lei estão assim par a par*. Uma lei pode, sem dúvida, revogar um costume; mas um costume, desde que perfeitamente constituído e portanto de indiscutível existência, também pode revogar uma lei. A norma jurídica mais nova faz cessar a mais antiga, sejam ambas legais ou consuetudinárias, ou uma legal e outra consuetudinária.

2.1.2 Espécies de costumes

Debruçando-nos sobre o mundo dos Costume, deparamos que existem três tipos de costumes, a saber:

- **Costume *secundum legem*:** isto é, costume que é de acordo com a lei, costume segundo a lei; o costume conforme a lei. Este aparece em casos em que haja uma lei que dá origem a dúvidas na sua interpretação. Consequentemente, com o andar do tempo forma-se uma prática que faz com que se atribua determinado sentido a essa lei, que se vai repetindo com a convicção da obrigatoriedade de tal entendimento;
- **Costume *praeter legem*:** isto é: costume para lá da lei. Para um melhor entendimento deste tipo de costume há que ter em conta que a **lei**, sendo obra humana, **é imperfeita**. Daí vemos que apesar do esforço de regula todas as situações da vida humana, sempre existem aquelas que escapam a previsão legislativa. Para a sua resolução se recorre ao que habitualmente se faz, mas que está fora da lei. Fora não porque contra a lei, mas que não está enquadrada na lei, porque o legislador não previu, realidades que se escapam ao legislador, como também pode ser este tenha intencionalmente deixado de legislar, pela dificuldade de encontrar soluções que se lhes ajustem bem. Assim, conclui-se dizendo, que os costumes *praeter legem* são aqueles que não são contraditórios nem conforme com a lei, estando para além delas.
- **Costume *contra legem*:** isto é, **costume contra a lei**. Como é surge? Desde logo deve-se dizer que o costume *contra legem* é algo diverso do simples desuso da lei. Porque pode acontecer que a lei pode deixar de ser observada na prática, o que por si não significa que esteja extinta. Então significa que ela continua viva, embora latente (escondida) e a todo tempo poderá revivescer, dando-se-lhe de novo a aplicação efectiva. Entretanto a lei considerar-se já morta caso se tenha formado um costume contra essa lei (costume *contra legem*), isto é, se puder dar-se como certa a convicção da legitimidade de proceder com abstracção da norma caída em desuso.

2.2 Do estudo comparativo da relevância do costume como fonte do Direito Moçambicano com outros ordenamentos jurídicos.

2.2.1 Direito consuetudinário comparado

2.2.1.1 Caso de angola

2.2.1.1.1 Enquadramento histórico.

Como visto, a postura do Estado de Moçambique após a conquista da libertação foi de tentar excluir por completo a atuação e influência dos líderes tradicionais, tratados com aberta hostilidade e avidamente atacados pela FRELIMO.⁸³ Embora a sua intenção não tenha logrado êxito no plano dos factos, a postura do partido responsável pela revolução e posteriores anos de governo foi no sentido de desafiar as antigas estruturas de poder e os costumes cuja tutela lhes cabiam.

Em Angola, por outro lado, a independência alcançada em 1975 e proclamada por Agostinho Neto trouxe também um “regime de inflexão marxista-leninista”, mais que em contradição ao esperado previu um certo nível de descentralização do poder, incongruente com a ideia de um Estado uno e centralizado que se esperaria do cariz soviético no qual o movimento revolucionário se inspirou. O Movimento Popular pela Libertação de Angola (MPLA) foi o primeiro partido a governar a República Popular de Angola, e em um primeiro momento pós-independência aceitou, com as devidas ressalvas, a atuação das autoridades tradicionais em determinados espaços.

O Direito costumeiro ou consuetudinário remonta ao surgimento do Homem enquanto ser social. Desde as referências bíblicas até à literatura oral dos dias de hoje, há registos muito claros de que as sociedades sempre se organizaram mediante regras próprias, independentemente da existência de um direito escrito, tal como hoje o conhecemos.

Também temos referencias da história universal, de vários crimes e ilícitos que se basearam no costume ou tiveram nela a sua origem. Assim, os crimes de adultério e de blasfémia a título de exemplo surgiram de regras sociais baseadas no costume e com sanções bastante duras.

Assim, ao longo dos anos convivemos com diversas fontes de direito. Entre as principais enumeramos a lei e a jurisprudência. Foi com este figurino que no ordenamento

⁸³ GUEDES, Armando Marques, *et al*, *Pluralismo e Legitimação: A Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, editora Almedina, 2003, p. 87.

jurídico angolano, ao longo dos últimos anos, foram sendo tratadas as matérias com uma omissão e subalternização do costume, que seria atendível apenas em circunstâncias especiais.

Ao longo dos últimos 30 anos, sobretudo durante o período de conflito armado, em Angola a Administração Pública não detinha o controlo dos diferentes municípios do Angola. Este papel foi desempenhado pelas autoridades tradicionais, as quais aplicaram de modo indiferente no tempo e no espaço, as regras de costume locais que se consubstanciam em regras não escritas.

São as autoridades tradicionais, nomeadamente os reis, sobas, séculos e regedores quem detinham o efectivo controlo das diversas localidades remotas do país, ai onde não havia qualquer serviço público nem autoridade policial ou judicial. Não há dúvidas, dentro deste contexto, do papel função e autoridades destas entidades que podiam aplicar sanções tendo em conta o reconhecimento da sua “*autoridade*” conferida pelos membros da comunidade.

O conhecimento efectivo dos clãs e membros da comunidade, e das regras para a resolução dos conflitos constitui uma mais-valia e uma alternativa que ainda hoje é adequadamente estudada, enquanto forma eficaz de resolução de diferendos, sem a necessidade de privação da liberdade como ocorre nos tempos de hoje.

Assim, o povo é o autor da língua, que a elabora de maneira espontânea. Posteriormente surgem os gramáticos visando regular a forma. Compara-se aqui os gramáticos aos juristas, os quais, não criam o Direito, apenas proveem a sua forma, sendo ele criado espontaneamente pelo “espírito do povo”.

2.2.2 Enquadramento jurídico.

O artigo 7.º da Constituição da República de Angola consagra que é “*reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição, nem atente contra a dignidade da pessoa humana*”.

O sentido e alcance desta previsão constitucional certamente leva-nos a um exercício hermenêutico, que deve assentar na sua teleologia. Desde logo, há pela primeira vez desde a Lei Constitucional de 1975, que a Lei Magna de Angola assume o costume como fonte de direito, um recurso muito importante nas sociedades africanas.

O costume é entendido como um conjunto de regras decorrentes da prática, assumidas por uma comunidade, com a convicção da sua obrigatoriedade. Diríamos que a diferença essencial entre o costume e a lei é que a primeira é oral e baseia-se na prática e a segunda é escrita e baseia-se na razão.

A expressão costume provém da palavra latina “*consuetudo*”, que significa tudo o que se estabelece por força do habito ou do uso.

Neste sentido, a Constituição impõe limites ao costume. Refere que ele não deve ser contrário à Constituição nem atentar a dignidade da pessoa humana. A razão destes limites são óbvios. Uma das características do costume é a sua imprevisibilidade e espontaneidade, que contrariam os basilares princípios da certeza e segurança jurídica do direito positivo.

É, assim, prudencial que a Constituição admita apenas aquelas práticas que apesar de não estarem escritas e possam concorrer para a resolução de litígios, tenham acolhimento na Constituição e salvaguardem os direitos fundamentais dos cidadãos.

Considerando a lei como referencial, a doutrina especifica três tipos de costumes: *secundum legem* (segundo a lei), *praeter legem* (fora da lei) e *contra legem* (contra a lei).

Para alguns, a primeira espécie não seria uma prática social ganhando efetividade, mas sim, a própria lei introduzindo padrões de comportamento que são acatados pela sociedade. Outros dizem que tais práticas sociais influenciam na interpretação legal. Assim o costume *secundum legem* é também denominado costume interpretativo, pois, expressando o sentido da lei, a prática social espontaneamente consagra um tipo de aplicação das normas.⁸⁴

O costume *praeter legem* especifica aqueles que são aplicados supletivamente quando da ausência ou lacuna da lei. Não pode definir infrações penais em face do "princípio da reserva legal". O Código Civil Angolano prevê que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O costume *contra legem* (*consuetudo abrogatoria*) é aquela espécie que se caracteriza por divergir das normas escritas. A questão que se impõe nesse caso, é o problema da validade das leis em desuso.

Na prática, a única distinção entre lei e costume é que a lei é escrita e o costume é oral. A fonte e o conteúdo são os mesmos. Os elementos distintivos entre o direito positivo e o direito consuetudinário, entre outros, são:

- a) O autor da lei é o poder legislativo enquanto do costume é o povo;
- b) A lei se apresenta na forma escrita. O costume na forma oral;
- c) A lei é obrigatória a partir da vigência. O costume, a partir da efetividade;
- d) A lei é criada de forma racional, por análise e reflexão. O costume é espontâneo;
- e) A lei, para ser positivada, aspira pela efetividade, o costume, a validade;

⁸⁴ GUEDES, Armando Marques; LOPES, Maria José, **Ob. Cit.**, p. 76.

- f) A lei, para ser válida, precisa cumprir as formas. O costume necessita ser admitido com fonte;
- g) A lei é legítima ao traduzir os costumes e valores sociais. O costume é legítimo por presunção.

De acordo com Carlos FEIJÓ⁸⁵, a “*natureza plural do Estado-nação angolano deu origem a um processo que culminou no pluralismo jurídico da ordem jurídica angolana, caracterizada pela presença simultânea do Direito do Estado e dos diversos direitos de origem consuetudinária ordenadores das comunidades rurais tradicionais*”.

Para este autor, ao permitir um pluralismo forte, a Constituição coloca o costume e a lei em paridade enquanto fontes do direito: a formula de reconhecimento sugere que as relações entre o costume e a lei e, conseqüentemente entre as autoridades tradicionais e os órgãos da administração pública a nível central e local, devem pautar-se pelo princípio da especialidade e da subsidiariedade.

Considerando a diversidade cultural existente no país e a perspectiva de que o conceito de cultura abrange aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, jurídicos etc., reconhece-se que cada sociedade, dentre elas as indígenas, possui modos próprios de expressar e traduzir a realidade a sua volta. Nesse contexto, contrapondo a proposta de um Direito Estatal monista, introduz-se, como forma de garantir normas internas, a ideia de pluralismo jurídico.

De acordo com Manfred Hinz, Professor de Direito da Universidade da Namíbia e especialista em direito consuetudinário, estudos recentes revelam que a visão do direito consuetudinário africano como sendo estático, não corresponde a realidade.

“*O direito consuetudinário muda, à medida que as necessidades de mudança surgem*”. De acordo com este autor, o direito consuetudinário é flexível mas não é incerto e está aberto para responder às exigências dos direitos humanos.

São estes elementos que permitiram a evolução e o estudo do direito consuetudinário ou direito costumeiro, entendido como o conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.

⁸⁵ FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem jurídica plural Angolana*, Coleção TESES, Almedina, 2012, p. 345.

Este quadro impõe, entre nós, vários desafios que importa reflectir no próximo capítulo. Desde logo, como é abordada a questão do direito consuetudinário a nível da doutrina angolana e a sua aplicação e tratamento no plano social, cultural e económico do país.⁸⁶

2.2.3 Desafios da implementação do costume

2.2.3.1 Autoridades tradicionais

A constitucionalização das autoridades tradicionais como entidades do poder autónomo do Estado tem levado muitos estudos sobre a sua natureza jurídica. Na sua dissertação de doutoramento, Carlos FEIJÓ releva que apesar das hoje conhecidas como autoridades tradicionais eram as entidades sócio-políticas que no período pré colonial detinham o poder efectivo sobre as respectivas populações.

Havia, da parte dos governos coloniais um esforço de codificação dos usos e costumes indígenas e um progressivo e enquadramento das autoridades tradicionais na estrutura da administração colonial portuguesa. Com a independência e a aprovação da Constituição de 2010, impõe-se questionamentos sobre a existência de autoridades tradicionais em todo o território nacional.

Assim, revela como conclusão que a formula de reconhecimento constitucional angolano revela a compatibilidade geral do costume, dos direitos consuetudinários e das autoridades tradicionais com os princípios fundamentais da organização do poder político angolano enquanto República e Estado Democrático de Direito.

O estudo permite o adequado enquadramento das autoridades tradicionais. Alinhado com a Constituição, sugere que o modo de reconhecimento existente é o da mera confirmação de uma realidade já existente, que passa a ter tutela jurídica do Estado incluindo a tutela jurisdicional contra eventuais abusos dos vários poderes do Estado.

Enquanto direitos fundamentais poderemos estimar que o surgimento das autoridades tradicionais enquanto poder autónomo é uma forma (e fórmula) de participação dos cidadãos na vida cultural do país (*lato sensu*). E apesar de arriscada este raciocínio deve-se a necessidade de se analisar, na perspectiva constitucional, se estaremos perante direitos civis e políticos ou direitos sociais económicos e culturais.

As razões de ser são preocupantes: hoje constatamos a existência de “autoridades tradicionais fantasmas putativas”, desde reis a *sekulos*, revelando uma grande preocupação com as benesses de autoridade pública. Por outro lado, a adopção de procedimentos cada vez mais

⁸⁶ FEIJÓ, Carlos, **Ob. Cit.**, p. 345.

próximos aos da administração pública burocrática fazem-nos crer que estamos perante a uma crescente “assimilação civilizacional” das autoridades tradicionais.

Parece-nos que a sua inserção das autoridades tradicionais na estrutura do poder local autónomo do Estado deve ocorrer a curto prazo, pois como já chamam a atenção dos escritores que investigam sobre a cultura local, cada vez mais a transmissão da cultura de geração em geração é mais diminuta.

Quer dizer que o conhecimento que os actuais reis, sobas e *sekulos* que os confere autoridade moral e empírica para decidir sobre questões e resolver questões complexas do dia-a-dia, com base na sabedoria ancestral, tem cada vez menos seguidores dignos deste nome.

2.2.3.2 O estudo do direito consuetudinário - uma perspectiva epistemológica

O direito consuetudinário tem assento numa disciplina muito recente que é designada como antropologia jurídica ou do direito, muito próxima a análise da sociologia do direito. O desafio é, no contexto e realidade angolana, introduzir como pretende a Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto esta disciplina no currículo de ensino. Por outro lado, há a necessidade de investigar o direito consuetudinário angolano.

Dentro da *suma divisio* entre os ramos de direito, somos de opinião, que o direito consuetudinário enquadra-se no chamado direito administrativo especial. Portanto, trata-se de direito público porque os interesses preponderantes são os públicos e não privados e por definição ele visa resolver os problemas sociais ou da comunidade, mas com regras que não são as do direito positivo.

O direito consuetudinário parte da perspectiva sociológica do direito, segundo o qual é aquele que provém da sociedade em interacção, e segue para a perspectiva antropológica que olha para o homem com os seus hábitos, costumes e dentro do respectivo habitat. A filosofia do direito joga um papel fundamental na compreensão de como as diferentes comunidades sócio-culturais do país vivem e convivem.

Mas pensamos que o direito consuetudinário é passível de uma interpretação transdisciplinar e multidisciplinar, já que enquanto fenómeno cultural ele abarca todos os ramos da vida social.

2.2.3.3 O costume na jurisprudência – *ius scriptum* ou *ius non scriptum*?

O desafio que tem sido colocado aos juristas é o de saber como resolver aos conflitos decorrentes de normas costumeiras, portanto não escritas, e depois como resolver os conflitos entre o costume e o direito positivo e entre as normas costumeiras.

Como referimos acima, o Código Civil angolano não trata do costume no capítulo destinado às fontes de direito. Todavia, o artigo 348.º do Código Civil assume particular importância, uma vez que muitos autores vêm nela o pleno reconhecimento por parte do legislador da validade e da eficácia das normas fundadas no costume.

De acordo com o citado artigo, sob epígrafe, “Direito consuetudinário, local, ou estrangeiro” 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.

Ou seja, nalgumas circunstâncias e casos em juízo, pode o Autor ou o Réu invocar o direito consuetudinário local, mas devendo dele fazer prova. Tomamos como exemplo um caso de roubo de gado numa província do sul de Angola. Detido, pronunciado e julgado por furto o Réu pode invocar que na realidade, como se prova, de acordo com o direito consuetudinário local, todos os jovens de até 18 anos devem provar capacidade de gestão familiar, devendo para o efeito desviar gado alheio que passa a integrar o património familiar. Trata-se, neste caso, de um costume *contra legem*.

Porém, existem casos de regiões sócio-culturais do país em que após o alembamento, caso se constate que a nubente não possui as características que se presume possuir, por exemplo, a virgindade, deve devolver o alembamento recebido que nalguns casos inclui cabeças de cabo, entre outros bens como panos e aguardente. Aqui julgamos estar mais ajustado ao costume *secundum legem*, reportando-nos aqui à figura da responsabilidade civil por danos morais, e a reconstituição *in natura*, que encontra acolhimento no Código Civil em vigor.

Todavia, o artigo 348.º do Código Civil refere que os tribunais devem procurar conhecer de modo oficioso este costume, mesmo que nenhuma das partes venha a invocar este costume visando precisamente fundamentar e melhor utilizar o juízo de equidade para a decisão da questão⁸⁷. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum angolano.

2.2.3.4 O costume e a propriedade intelectual – traditional knowledge

O costume hoje constitui uma das matérias de mais interesse no domínio da propriedade intelectual. Falamos neste caso do chamado conhecimento tradicional que está na origem da descoberta de um conjunto de plantas medicinais e soluções para a saúde que antes não existiam.

⁸⁷ Código civil Angolano

Entre nós, o pau de cabinda, sucessor natural do viagra, constitui um elemento que deve ser protegido pois a planta de que se extrai o pau de cabinda tem sido industrializado sem o consentimento e aprovação das populações, e sem qualquer benefício para estas comunidades.

O costume aqui tem uma relação com a tradição oral, pois muitas soluções da medicina natural são resultado da transmissão geracional. De modo que a farmacologia entre outras ciências hoje estudam a chamada medicina natural como forma de solucionar alguns problemas de saúde sem explicação. Por esta razão a Organização Mundial da Propriedade Intelectual tem estado a trabalhar numa convenção sobre a protecção do conhecimento tradicional e o folclore.

Trata-se de uma matéria nova entre nós, pouco abordada e explorada, mas que revela a faceta inovadora e inclusiva no século XXI do costume. Como referimos noutra espaço, África possui através destes seus valores a chave para os grandes males deste e outros séculos passados. Só necessita e os conhecer e explorar.

2.2.3.5 Linhas Mestras sobre a Pesquisa Do Direito Consuetudinário Angolano

Nos últimos anos têm sido apresentados diversos projectos de investigação sobre o direito consuetudinário angolano. Apesar disso, existem já duas obras suficientemente delimitadoras sobre a matéria. Referimo-nos a obra “A Coexistência normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem jurídica plural Angolana” do Jurista Carlos Feijó, e a obra “Direito Costumeiro e Poder Tradicional dos Povos de Angola” do Jurista Chicoadão⁸⁸.

No domínio da investigação aplicada, a Faculdade de Direito da Universidade Agostinho em colaboração com o Centro de Estudos Sociais da faculdade de Economia da Universidade de Coimbra apresentou um projecto de investigação sobre a pluralidade de ordens jurídicas e sistema de justiça em Luanda. Nesta iniciativa focam delimitadas como zonas de investigação a Ilha do Cabo (Ingombota), Palanca (Kilamba Kiayi), Calumbo (Viana) e Cazenga.

A investigação teve como objectivos especiais analisar e avaliar os conflitos e as formas de resolução de conflitos, quer pela via judicial quanto pelo direito costumeiro e às diferentes instâncias comunitárias de resolução de conflitos (autoridades tradicionais, instituições religiosas, associações de moradores, ONG's etc). Em última instancia o estudo visa analisar o desempenho das autoridades tradicionais.

⁸⁸ FEIJÓ, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 359.

De acordo com o documento de base, a importância deste projecto prende-se, ainda, *“com o facto de as sociedades dos países do Sul estarem a sofrer um processo de globalização crescente caracterizado pela harmonização (frequentemente pela imposição) de mecanismos de regulação a nível mundial e pela consequente emergência de novos conflitos, direitos, obrigações e respectivos meios de tutela”*.

De facto, o bom conhecimento das instituições formais e informais de resolução de conflitos é indispensável para a melhoria do funcionamento do sistema judicial globalmente considerado, constituindo uma das condições da democracia política, económica e social.

Surgiu mais tarde, o Projecto-Piloto sobre o Direito Consuetudinário o qual, no seu estudo preliminar, revela que existem estudos em português, francês e inglês sobre grupos étnicos que foram divididos pelas fronteiras com os dois Congos; estudos em inglês sobre grupos étnicos que se encontram em Angola e na Zâmbia; estudos em inglês, alemão e afrikaans sobre grupos étnicos que vivem em Angola e na Namíbia.

Este projecto estabelece áreas de pesquisa em função de critérios étnicos nomeadamente: Cabinda, área kikongo, área Kimbundu, área umbundo, área lunda-tshokwe, área oshikwanyama, área San. O objectivo central do projecto-piloto é estabelecer as características principais do direito consuetudinário num certo numero de áreas de Angola.

Entre as sugestões apresentadas pelo Prof. Manfred Hinz sublinhamos a Elaboração de um Livro Branco sobre as Autoridades Tradicionais (documentos contendo propostas oficiais para acções numa área específica, sendo também usada como veículo para o seu desenvolvimento) e a Elaboração do Livro Verde (publicado para lançar um processo de consulta sobre matérias relevantes interesse da sociedade). Após a conclusão deste processo, haverá condições para a elaboração da Lei sobre as Autoridades Tradicionais.

2.2.4 O costume como fonte de direito em Portugal

2.2.4.1 Conceito e requisitos

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

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

- 1) Teoria dos dois elementos;

- 2) Teorias objetivas;
- 3) Teorias que impõem requisitos adicionais.

2.2.4.1.1 Teoria dos dois elementos

- i. Para a teoria dos dois elementos, a existência de um costume dependeria do preenchimento de dois requisitos ou da verificação de dois elementos:
 - ✓ Um elemento objetivo (*corpus*) ou fático;
 - ✓ E um elemento subjetivo (*animus*) ou normativo, designado, na tradição romana por *opinio iuris vel necessitatis*.
- ii. O elemento fático ou objetivo é o de mais simples delimitação e traduz-se na existência de um uso (cf. artigo 3.º CC), ou seja, de uma prática social reiterada num determinado sentido. A prática social reiterada deve, contudo, incidir sobre matéria com relevância jurídica, pois que, de contrário, nunca pode dar origem a um costume enquanto fonte de regras de Direito (quando muito, poderia criar regras pertencentes a outras ordens normativas, como a ordem do trato social, etc). Oliveira Ascensão aponta, nesse sentido, o exemplo da prática de oferecer brindes na Páscoa, que por muito enraizada que esteja, nunca implicaria o aparecimento de uma regra jurídica. O uso teria ainda que ser acompanhado de generalidade (Galvão Telles) e de abstração (Ferreira de Almeida, que o faz acrescer à “generalidade”) no sentido de não poder confinar-se a apenas um indivíduo ou a um número restrito de pessoas – tornando-se suscetível de dar origem a uma regra jurídica.
- iii. O elemento subjetivo, por seu turno, já se apresenta mais problemático, visto que o tipo de convicção em que se traduz é controvertido pela doutrina:

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

Na prática, isto quererá dizer que qualquer sujeito, quando perguntado sobre a razão pela qual age de determinada forma, provavelmente responderia que atua assim porque “tem que ser”, porque esse comportamento é devido, sentindo-se vinculado a essa prática de

forma tão espontânea que são desnecessários outros elementos de persuasão (o sentido do devido está na consciência das pessoas).

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

A doutrina define do seguinte modo a convicção de obrigatoriedade:

- ✓ “Convicção de que deve proceder-se segundo aquele uso (...), e portanto que estão implicadas regras jurídicas” (Oliveira Ascensão, 266);
- ✓ “Convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstrata obrigatória, caucionada pela consciência da comunidade”(Baptista Machado, 161);
- ✓ “Sentimento generalizado de que uma conduta é juridicamente exigível (...) respeito este costume porque devo (imperativo categórico) e não porque simplesmente quero ou dele retiro alguma vantagem” (M. Luísa Duarte, 184);
- ✓ “Convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstrata obrigatória, a uma norma preexistente” (G. Marques da Silva, 114);
- ✓ “Convicção em que estão os que observam o uso e os interessados nessa observância – de que ele corresponde a uma exigência jurídica, obedecendo a um imperativo de justiça ou a uma conveniência tal que se torna forçoso o seu acatamento” (Galvão Telles, 119);

Outros Autores, porém, propõem-se contestar essa fórmula: o assim, Teixeira de Sousa entende que o que tem haver é uma convicção de juridicidade, no sentido em que a prática correspondente ao uso tem que ser sentida pela comunidade como jurídica, como Direito [“sentimento de que algo deve ser ou não deve ser, porque tal corresponde ao direito (ou a uma idade de direito) ”], requisito que seria mais exigente que a mera convicção de obrigatoriedade: aquela pode existir em relação a várias práticas, mesmo pertencentes a outras ordens normativas (ex. sentimento da obrigatoriedade de se levar uma lembrança quando se é convidado para jantar na casa de uma pessoa), mas é insuficiente para que essas práticas se transformem em costume: para isso, além de obrigatórias, elas têm que ser sentidas pelas pessoas como Direito.

Carlos Ferreira de Almeida defende que o critério de juridicidade de qualquer norma jurídica é o critério da vigência, que resultando, na lei, da promulgação, no costume só poderia resultar da convicção subjetiva que acompanha o uso. Para o Autor, essa convicção deveria ser convicção de vigência ou de juridicidade, podendo, por isso, haver também costumes permissivos ou supletivos, e não apenas imperativos.

O na mesma linha, Freitas do Amaral refere-se a uma convicção de obrigatoriedade ou licitude, procurando apreender de modo mais rigoroso a fórmula romana *opinio iuris vel necessitatis*. Para o Autor, apesar de a maioria da doutrina falar apenas em “convicção de obrigatoriedade”, isso seria incorreto “pois equivale a esquecer que há costumes que não impõem nenhuma obrigação: apenas permitem, como actividade lícita, uma certa prática”.

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

- ✓ Delimitar o tipo de práticas sentidas como devidas que poderiam dar origem a um costume impondo um *plus* à convicção de obrigatoriedade, que nem sempre estaria preenchido. Seria esse o sentido da posição de Teixeira de Sousa: assim, por ex., a prática de um homem abrir a porta a uma senhora ou deixá-la passar à sua frente, pode ser sentida como devida, mas não dará origem a um costume porque não é tida pelos destinatários como correspondendo a uma exigência jurídica (as regras de cavalheirismo são do domínio do trato social);
- ✓ Delimitar o modo deontico das regras consuetudinárias e as suas modalidades. Assim, de harmonia com a posição maioritária, visto que o costume assenta numa convicção de obrigatoriedade, as regras consuetudinárias de conduta apenas poderiam ser regras cujo operador deontico⁸⁹ fosse um comando ou eventualmente uma proibição (visto que a proibição pode ser definida como a obrigação “de não fazer alguma coisa”⁹⁰); nunca uma permissão porque o que é apenas permitido não pode ser sentido como obrigatório. Já se se seguissem as posições minoritárias de Teixeira de Sousa, Freitas do Amaral ou Ferreira de Almeida também poderia haver regras consuetudinárias de conteúdo meramente permissivo, ou regras consuetudinárias supletivas porque a convicção de juridicidade ou de licitude de uma conduta já se quadra com a possibilidade de ela ser meramente permitida pelo Direito.

Pensando em dois exemplos: as práticas presentes nos casos práticos III (poder-se pedir esmola no metro) e I dos casos adicionais sobre costume (os habitantes da aldeia da Urzelina, poderem, para evitar carência de água, consumir água das fontes instaladas nos

⁸⁹ O operador deontico é o elemento estritamente jurídico de uma norma, ou seja, o elemento que contém o seu sentido jurídico. São três os modos deonticos: Comando (ex. A deve pagar a B); Proibição (ex. A não pode estacionar no local x); Permissão (ex. A pode estacionar no local y). A doutrina discute se os modos deonticos são interdefiníveis, isto é, se cada um deles se pode explicar através dos outros (em sentido afirmativo: TEIXEIRA DE SOUSA).

⁹⁰ SOUSA, Teixeira De, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 208.

quintais que dispunham de fonte, como era o caso do quintal da casa do Sr. Vikernes) não poderiam dar origem a um costume de acordo com a doutrina “tradicional” que defende a convicção de obrigatoriedade (pois tais práticas gerariam regras meramente permissivas), mas já poderiam se seguisse a posição de Teixeira de Sousa ou Freitas do Amaral. Contudo, pelo menos quanto ao segundo possível foco de relevância, não nos parece que ele seja sempre decisivo, no sentido de constituir um elemento diferenciador dos dois setores doutrinários.

Em rigor, supomos que a expressão “convicção de obrigatoriedade” será mais utilizada por vários Autores por comodidade linguística, por corresponder a terminologia estabilizada na doutrina, do que na base de uma opção de fundo nos termos da qual as regras consuetudinárias de conduta não poderiam ser meramente permissivas (é, contudo, apenas a nossa posição, pois a diferente terminologia “convicção de obrigatoriedade” x “convicção de juridicidade” faculta, de facto, esta diferenciação das regras na base do seu modo deôntico).

2.2.4.1.2 Teses objetivas

Têm expressão em Autores como Ferrara. Para este Autor, a convicção de obrigatoriedade não poderia ser o elemento decisivo para transformar uma prática reiterada em Direito, pois que tal convicção só existe, justamente, essa prática for Direito (ideia: só me sinto obrigado a fazer uma coisa se sentir que isso é juridicamente exigido). O costume teria um fundamento meramente objetivo (e não também subjetivo, como resulta da doutrina maioritária) e bastar-se-ia com a mera prática reiterada, sendo irrelevante qualquer convicção subjetiva que lhe pudesse acrescer. A juridicidade adviria da matéria regulada.⁹¹ Destas orientações, que até apresentam alguma consistência teórica, dir-se-á, contudo que não permitem distinguir na prática um costume de um mero uso, por nos dois casos haver apenas mera prática social reiterada (Menezes Cordeiro).

2.2.4.1.2.1 Requisitos Adicionais

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

- a) Reconhecimento legal;
- b) Imposição pelos órgãos públicos;

⁹¹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução. Fontes de Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 565.

- c) Espontaneidade;
- d) Racionalidade;
- e) Antiguidade específica.

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

No sentido da exigência deste requisito parecem depor Pires de Lima e Antunes Varela quando afirmam que “o costume constituirá fonte de direito quando o Estado reconhecer que as normas jurídicas podem nascer diretamente da vontade popular, independentemente de toda a consagração directa e expressa pelos seus órgãos legislativos”.

Assim, o costume só seria relevante quando o Estado reconhecesse, através de lei, que essa fonte seria legítima e que as regras dela resultante poderiam ser atendíveis. Esse reconhecimento poderia existir em geral, se se definisse o costume como fonte geral de Direito (o que não acontece no nosso Código Civil, onde nunca surge mencionado nos artigos 1.º ss, sobre a matéria das fontes de Direito) ou ser meramente casuístico se se limitar a reconhecer a atendibilidade de regras consuetudinárias apenas em alguns casos concretos (conforme parece acontecer, v.g., no artigo 1400º que expressamente reconhece serem atendíveis os costumes em matéria de divisão das águas).

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

Habitualmente liga-se a necessidade de imposição pelos órgãos públicos à coação ou à coercibilidade.⁵ Assim, ao passo que o critério anterior postula o reconhecimento do costume pela lei, este critério postula o reconhecimento pelos órgãos do Estado (Tribunais e Administração Pública), através da sua imposição. No sentido da exigibilidade deste requisito pronuncia-se Cabral de Moncada: “os costumes, hão-de ter necessariamente uma sanção coactiva e os restantes caracteres de todas as normas jurídicas” sendo necessário que “a regra que ele [o costume] envolve (...) possa achar-se garantida pela coacção

Atualmente, este requisito é defendido essencialmente por Galvão Telles e Menezes Cordeiro. Para o primeiro Autor o uso, elemento material do costume, deve não só ser geral, como racional; esclarece, no entanto, que não emprega a expressão no sentido que lhe era dado pela Lei da Boa Razão, pretendendo antes referenciar que se “deve tratar de uma

prática não contrária à natureza física ou moral dos homens e aos princípios superiores de justiça – em síntese, uma prática não reprovável ou censurável, ou, como diz o artigo 3.º do Código Civil, não contrária aos princípios da boa-fé” dando como exemplos usos iníquos, imorais ou delituosos de uma associação de malfeitores, os quais não poderiam ser juridicamente relevantes. Menezes Cordeiro adere a este requisito como um “terceiro requisito do costume”, embora lhe dê ainda um sentido mais delimitado: o costume tem que ser compatível com o Direito no seu todo (quer dizer: com o sistema jurídico), isto é, terá que ser reconduzível a uma harmonia de conjunto, dando corpo a princípios gerais. Portanto: joga-se aqui, essencialmente, uma ideia de harmonia e compatibilidade com o sistema, que é particularmente cara ao pensamento do Autor.

2.3 Da relevância do costume enquanto fonte de Direito no ordenamento jurídico moçambicano tendo presente os aspetos culturais de que faz parte.

2.3.1 O lugar do Costume no Ordenamento Jurídico de Moçambique

Em Moçambique o costume é uma das fontes do Direito. A discussão está se ela é fonte mediata ou imediata do Direito, dúvida essa que podemos superar em base do n.º 1, do art.º 1º, do CC, que nos aponta quais são as fontes imediatas do Direito. Nos termos do n.º 1 do art.º 3º, do CC, são juridicamente atendíveis os usos, mas não faz referência dos Costumes que não sejam contrários aos princípios da boa-fé, quando a lei o determina. Não é da mesma linha de pensamento o art.º 4º, da CRM 2004.

O problema da admissibilidade do costume enquanto fonte de Direito coenvolve duas questões específicas: a questão de saber, se o costume é ou não, propriamente uma fonte de Direito; e, em caso de resposta afirmativa à questão anterior, que posição relativa ocupará ele em relação à lei. Trata-se de uma matéria altamente complexa, que só será apreendida na sua plenitude, se se estabelecer, à partida, um conjunto fundamental de distinções:

Assim, uma coisa é a relevância que a própria lei caso, o Código Civil dá ao costume enquanto fonte; outra, bem diferente, a relevância que lhe dá a doutrina. Em qualquer caso, a importância a dar à posição adotada pela lei sobre o costume só é relevante em face de algumas posições doutrinárias das posições que entendem que a lei é a principal fonte de Direito e a medida de admissibilidade de todas as outras, ao passo que a interpretação dessa posição está ela própria sujeita a divergências doutrinárias.

Por outro lado, não há como confundir a discussão sobre a legitimidade do costume enquanto fonte, que se resume na pergunta: pode o costume ser fonte? com a discussão

sobre a sua relevância prática, atualmente, enquanto fonte, que se resume na pergunta: é, na prática, atualmente o costume fonte? quase na lógica de uma distinção entre “dever-ser” e “ser”.

Finalmente, de um lado temos o que foi ou tem sido o papel do costume enquanto fonte e mesmo o que doutrinariamente ou filosoficamente lhe tem sido reconhecido; de outro o que Estado tem querido, ao longo dos tempos, que seja esse papel. No primeiro ponto temos uma questão de Teoria do Direito ou de Sociologia do Direito; no segundo uma questão de História do Direito e de História do Estado.

2.3.1.1 Relevância legal e relevância doutrinária do costume

2.3.1.1.1 Sob ponto de vista legal

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

É de notar que o Código não é indiferente ao costume, referindo-se-lhe em diversas disposições a que se vêm juntar outras referências contidas noutros diplomas. Particularmente controverso vem a ser o artigo 348.º CC onde, muito simplificadamente, se dispõe que uma parte que, em tribunal, invocar direito consuetudinário isto é, o direito costumeiro com o objetivo de a causa ser resolvido na base da aplicação desse mesmo direito, deve provar a sua existência e o seu conteúdo, muito embora o tribunal tenha, por si só, que desenvolver um certo esforço para procurar conhecê-lo.

Em processo civil, as partes têm o ónus, quer dizer: “devem” fazê-lo sob pena de não se o fizerem não obterem o que pretendem (ganho de causa), embora não sejam sancionados por isso de provar os factos em que alicerçam os seus direitos, é o chamado ónus

da prova previsto no artigo 342.º do CC e o Tribunal cingir-se-á à apreciação desses factos verificando se eles “existiram” ou não, isto é, dando-os ou não como provados e aplicando-lhes o Direito (que se parte do princípio que conhece, não tendo que ser invocado). Portanto, não poderá conhecer outros factos que não tenham sido alegados pelas partes (a isto se chamada, em Processo Civil, o princípio dispositivo) com algumas exceções bem limitadas, por exemplo poderá conhecer oficiosamente, por iniciativa sua, factos notórios, como por exemplo as datas históricas.

2.3.1.1.2 Sob o ponto de vista doutrinal

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

Podemos encontrar duas grandes teses:

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

Para a primeira tese, o Estado, enquanto comunidade organizada, é a entidade por excelência produtora de Direito e apenas ele pode reconhecer a existência de outras fontes, como é o caso do costume. Esse reconhecimento poderia ser expresso ou tácito, se resultante da circunstância de o Estado conhecendo o costume, a ele não se opor, como poderia fazer.

Em plano diametralmente oposto, encontram-se as teorias que encontram o fundamento do costume na vontade da comunidade. Especialmente digna de menção a este nível é a chamada Escola Histórica, cujo principal corifeu foi o jurista alemão Savigny. A Escola Histórica é uma corrente jusfilosófica de finais do século XVIII e início do século XIX que, concomitante do Romantismo, e na linha do seu nacionalismo, identifica o Direito com a cultura e os valores de um povo, com a sua consciência coletiva, que poderia evoluir. Diz-se mesmo que o Direito corresponde ao “espírito do povo” e, por isso, o costume, sendo a sua principal expressão, era uma fonte privilegiada.

Destarte, somos da opinião que o costume tem uma legitimidade própria que lhe advém da circunstância de ser criado pela Comunidade. Assim, na observação da sua relação com a lei, deveríamos adotar uma posição imparcial não perguntar a nenhuma das fontes pela

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

CONCLUSÃO

Finda a realização da monografia, pode-se perceber que o costume como fonte de direito é o nome dado a qualquer regra social resultante de uma prática reiterada de uma forma generalizada e prolongada, o que resulta numa certa convicção de obrigatoriedade, de acordo com cada sociedade e cultura específica. Nesse conceito evidenciam-se os elementos básicos do costume jurídico que lhe dão juridicidade: a generalidade e o senso da obrigatoriedade.

Portanto, este possui os seus requisitos que são, o reconhecimento legal; imposição pelos órgãos públicos; espontaneidade; racionalidade; e, antiguidade específica.

A exigência de consagração ou reconhecimento legal pressupõe que o costume esteja subordinado à lei e que tenha nesta a medida da sua admissibilidade, sendo, portanto, uma fonte mediata.

O costume constituirá fonte de direito quando o Estado reconhecer que as normas jurídicas podem nascer diretamente da vontade popular, independentemente de toda a consagração directa e expressa pelos seus órgãos legislativos.

Porém, o costume só seria relevante quando o Estado reconhecesse, através de lei, que essa fonte seria legítima e que as regras delas resultantes poderiam ser atendíveis. Esse reconhecimento poderia existir em geral, se se definisse o costume como fonte geral de Direito o que não acontece no nosso Código Civil, onde nunca surge mencionado nos artigos 1.º e seguinte, sobre a matéria das fontes de Direito ou ser meramente casuístico se se limitar a reconhecer a atendibilidade de regras consuetudinárias apenas em alguns casos concretos conforme parece acontecer, que expressamente reconhece serem atendíveis os costumes em matéria de divisão das águas.

Contudo, para quem assim se pronuncie, o costume contra legem nunca seria atendível pois que, como se compreenderá, não seria lógico que a lei admitisse a relevância de uma fonte cujas regras contrariam as que dela resulta. Os costumes, hão-de ter necessariamente uma sanção coactiva e os restantes caracteres de todas as normas jurídicas” sendo necessário que “a regra que ele o costume envolve possa achar-se garantida pela coacção jurídica, como todas as normas jurídicas, isto é, possa conduzir aos tribunais”. Todavia, costume só pode ser fonte se a norma por ele criada for acompanhada de uma sanção para o caso do seu incumprimento, sanção essa que não teria que estar necessariamente contida na própria regra.

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

SUGESTÕES

Após a análise efetuada em torno do costume como fonte da relação jurídico privada no ordenamento jurídico moçambicano, sugerimos o seguinte:

- ✓ Proceder com a revisão do código civil, de modos a incorporar a disposição referente a formalização do costume como fonte de direito;
- ✓ Incutir no capítulo referente a fonte de direito mediata o termo costume no artigo 3º do código civil o número 4 na qual explicita o valor jurídico do costume;
- ✓ Tendo em conta que o costume faz parte da história do povo moçambicano o legislador deve valorizar esta fonte fazendo-a prever em diversos instrumentos infraconstitucionais tendo em vista o artigo 4º da Constituição da República de Moçambique, alvitra que o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislação

- ✓ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique (2004)*, que inclui a Lei de Revisão Pontual da Constituição (Lei nº 1/2018, de 12 de Junho, publicado no Boletim da República, 1ª Série – nº 115, 2º Suplemento, de 12 de Junho de 2018).
- ✓ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto-lei nº47/344 de 25 de Novembro de 1966, aprova o *código civil*, Plural Editores, Maputo.

Doutrina

- ✓ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de, *metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Editora Feevale, Rio Grande do Sul-Brasil, 2013.
- ✓ TRUJILLO, Ferrari A, *Metodologia da ciência*, 3ª edição, editora Kennedy, Rio de Janeiro, 1974.
- ✓ GIL, António Carlos, *Métodos e técnicas de pesquisa social*, 6ª edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2008.
- ✓ MARCONI, Mariana de Andrade, LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração e interpretação de dados*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2007.
- ✓ MARCONI, Mariana de Andrade, LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração e interpretação de dados*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo-Brasil, 1998.
- ✓ DEMO, P, *Metodologia do conhecimento científico*, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2000.
- ✓ BARROS, A. J. P. de; LEHFELD, N. A. De, *Projeto de pesquisa: propostas metodológicas*, 4ª edição, editora Vozes Petrópolis, Rio de Janeiro-Brasil, 2000.
- ✓ BEUREN, I. M. (Org.) et al, *Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: Teoria e prática*, 3ª edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2006.
- ✓ ASCENSÃO, José Oliveira de, *Direito Introdução e Teoria Geral*, 10ª edição, editora Coimbra, Coimbra-Portugal, 1997.
- ✓ BASTOS, Fernando Loureiro, *Ciência política guia de estudo*, Lisboa, 1999.

- ✓ CASTRO, Cláudio de Moura, *Estrutura e apresentação de publicações científicas*, Mc Graw-Hill, São Paulo-Brasil, 1976.
- ✓ CHORÃO, Mário Bigotte, *Introdução ao Direito*, Vol. I, Coimbra, 1998.
- ✓ CHORÃO, Mário Bigotte, *Temas fundamentais de direito*, Coimbra, 1991
- ✓ EIRO, Pedro, *Noções elementares de Direito*, editora verbo, Lisboa/S. Paulo, 1997.
- ✓ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria geral do direito Civil*, Vol. I, Lisboa 1983.
- ✓ GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas De Pesquisa Social*, 6ª edição, editora atlas S.A, São Paulo-Brasil, 2014.
- ✓ GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*, São Paulo: Atlas, 1989.
- ✓ GUEDES, Armando Marques, *et al*, *Pluralismo e Legitimação: A Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, editora Almedina, 2003.
- ✓ GUERRA, I., C, *Pesquisa Qualitativa e Análise de Conteúdo. Sentido e Formas de Uso*, Principia Editora, Estoril-Portugal, 2006.
- ✓ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz, *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, decisão, Dominação*, 4ª edição, Revista e ampliada, Editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003.
- ✓ MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discursus Legitimador*, 13ª. Reimpressão, Coimbra, 2002.
- ✓ MARCONI, Mariana de Andrade, LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração e interpretação de dados*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1998.
- ✓ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ª Edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003.
- ✓ MARCONI, Marina Andrade De; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ª Edição, editora Atlas, São Paulo-Brasil, 2003.
- ✓ MENDES, João Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª Edição, editora revista, Lisboa, 2004.
- ✓ MENDES, João Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994.
- ✓ OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de, *Metodologia Científica: um manual para a realização de pesquisas em administração*, UFG, Catalão, 2011.
- ✓ PRATA, Ana, “Costume” in *Dicionário Jurídico*, 5ª edição actualizada, Almedina Editora, Coimbra-Portugal, 2008.

- ✓ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de, *metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul – Brasil, 2013.
- ✓ SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000.
- ✓ SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000.
- ✓ SOUSA, Marcelo de; GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo de Direito*, 5ª edição, Lisboa, 2000.
- ✓ TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª edição, Coimbra, 1999.
- ✓ THIOLLENT, Michel, *Metodologia da pesquisa*. 2ª Edição, São Paulo-Brasil, 1986.