



O VALOR JURÍDICO DO COSTUME NO DIREITO POSITIVO: ESTUDO COMPARADO AO NÍVEL DO DIREITO AFRICANO E EUROPEU

Tehssin Mohamed Ikbal
Hamilton Sarto Serra de Carvalho

RESUMO

O presente artigo aborda sobre o valor jurídico do costume no direito positivo, procurando assim, fazer o Estudo comparado do costume ao nível do Direito africano e europeu, tendo nesta senda, selecionado no sistema europeu – o Brasil, Portugal e França, e quanto ao sistema africano – Moçambique, Angola e África do Sul. Esta temática, prende-se a necessidade de perceber, qual é o valor jurídico do costume no direito positivo? uma vez que sempre estudou-se que a lei fonte do direito por excelência, bem assim atendendo e considerando ao facto de, na legislação pátria, ter-se nos cernes do artigo 4º da CRM enfatizado o pluralismo jurídico, subjaz a existência de diferentes grupos étnicos no ordenamento pátrio, enfatizando assim o papel do costume, todavia este não vem a ser materializado, procuramos assim perceber o seu valor no direito positivo, recorrendo ao direito comparado. Sendo bastante amplo dissertar sobre Europa e Moçambique, selecionamos alguns países, como balizas de estudo, sem, contudo, ter a intenção de esgotar o tema, mais sim aludir a sua pertinência para o alcance da justiça, nas diferentes ordens jurídicas. O presente estudo circunscreve-se na seara do Direito público comparado, tendo sido escrito como quesito de avaliação do módulo de doutoramento em direito público, na cadeira de direito público comparado, tendo por objecto comparar o costume africano e europeu, na perspectiva doutrinal, procurando fazer a revisão da literatura existente, sensibilizando o mundo inteiro. Como mecanismo conducente à concretização do presente artigo, adoptamos a pesquisa bibliográfica, e os métodos: comparativo-indutivo e hermenêutico. Ilidimos assim que, como fonte do direito temos o costume, algo ainda muito importante não apenas na África, mas no mundo, como um dos pilares para a realização da Justiça. Neste sentido não se pode negar a existência de diferentes grupos étnicos que regem sociedades distintas, enfatizando, a necessidade de que a os Estados valorizem o costume, permitindo que a autonomia da sociedade na gestão dos problemas sociais, ou seja, a necessidade de buscar concretizar o pluralismo jurídico.

Palavras-Chave: Costume; Direito africano; Direito positivo; Direito comparado; Pluralismo jurídico.

- Docente universitária. Doutoranda em Direito. Mestre em Direito Fiscal. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.
- PhD em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões (UAL). Professor Auxiliar (para os cursos de pós-graduação – Mestrados e Doutoramentos em Direito) e Investigador da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique. Colunista do Jornal Impresso, Semanário Canal de Moçambique e do Jornal digital Carta de Moçambique.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma reflexão sobre o valor jurídico do costume no direito positivo, procurando assim promover o estudo comparado do costume ao nível do Direito africano e europeu, tendo nesta senda, selecionado no sistema europeu – o Brasil, Portugal e França, e quanto ao sistema africano – Moçambique, Angola e África do Sul.

Quando se fala do papel jurídico do costume no direito positivo, não é incomum que se apresente digressão histórica informando sua importância na Antiguidade, agregado ao facto da forma primitiva de agrupamento social não admitir a forma escrita, tendo este num primeiro momento se apresentado de forma hierárquica superior ao costume.

A realidade do sistema moçambicano vem enfatizar a lei como principal fonte do direito por excelência, bem assim atendendo e considerando ao facto de, na legislação pátria, ter-se nos cernes do artigo 4º da Constituição da República de Moçambique (CRM) enfatizado o princípio do pluralismo jurídico, subjaz a existência de diferentes grupos étnicos no ordenamento pátrio, enfatizando assim o papel do costume, todavia este não vem a ser materializado, sendo imperioso o estudar o costume europeu e africano por forma a extrair de forma geral o seu valor jurídico no direito positivo.

Assim sendo, atendendo e considerando o costume como fonte de direito, qual é o valor jurídico do costume no direito positivo?

A presente abordagem tem como objetivo geral, analisar o valor jurídico do costume no direito positivo. Neste sentido, tem-se como objetivos específicos: perceber o direito costumeiro e seus elementos; observar as características do direito costumeiro; e proceder o estudo comparado do costume na África e Europa, ou seja, em Moçambique, Angola e África do Sul; e Portugal, Brasil e França.

Para a realização do trabalho, foi adaptada a pesquisa documental e bibliográfica e o método indutivo-comparativo e hermenêutico. A discussão do problema proposto teve como técnica a categorização, trazendo a correlação doutrinal e legal, para posteriormente tirar ilações em relação ao fenómeno em reflexão.

Para a presente abordagem delineou-se a seguinte estrutura: parte introdutória; marco teórico; discussão, e as considerações finais.

2 O DIREITO AFRICANO

O Direito africano inicialmente não foi aceite como “Direito”, trata-se de um direito cujas fontes eram predominantemente de origem costumeira, e a visão extremamente positivista não podia aceitar um direito de fonte não estatal e não escrita. Não podia haver direito de África devido ao seu primitivismo, ao fato do comportamento de seus membros ser norteado por normas costumeiras. O Direito africano compreende hoje: instituições jurídicas indígenas: leis religiosas; instituições legais e jurídicas admitidas como herança; Leis e decretos dos Estados africanos.⁶⁵

2.1 Breve Historial

Quando se fala do papel jurídico do costume no direito positivo, não é incomum que se apresente digressão histórica informando sua importância na Antiguidade, agregado ao facto da forma primitiva de agrupamento social não admitir a forma escrita, tendo este num primeiro momento se apresentado de forma hierárquica superior ao costume. Sendo assim enfatizado o costume como fonte do Direito ocidental, sendo usual a referência ao direito romano clássico na formação do *jus gentium*, em que coexistia com as determinações imperiais.⁶⁶

O estabelecimento de uma sociedade, a fundação de uma aldeia, é o reconhecimento pelo homem das leis naturais que os deuses estabeleceram para a terra. Este reconhecimento dá origem a uma aliança entre os deuses e os homens, aliança que constitui a base da sociedade e do costume que a rege. A partir de então, toda a vida social depende do facto de os homens cumprirem as obrigações decorrentes das suas alianças com os deuses ou com outros homens e aplicarem as regras sociais ou naturais garantidas pelos deuses. O direito surge, portanto, como um fenómeno social, para não dizer que é a expressão jurídica de todos os fenómenos sociais de uma determinada população, situada num determinado ambiente.⁶⁷

Segundo Mamdani, citado por Gleibi, o governo directo pressupõe a existência de uma única ordem jurídica, assente nas leis da Europa, não reconhecendo qualquer instituição

⁶⁵ ANJOS, Alberto Teixeira dos Anjos. Direito Africano ou direitos africanos? Algumas considerações sobre direito africano e o uso político do direito costumeiro, p. 140. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/17062019_120308.pdf. Acesso: 02.01.2024.

⁶⁶ O costume na formação do Direito europeu contemporâneo. Disponível em: (1library.org)

⁶⁷ MAGNANT, Jean Pierre, *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, pp. 167-192.

africana. Os nativos obedeciam às leis europeias, ainda que apenas os civilizados acessem aos direitos europeus, a sociedade civil era concebida como a sociedade civilizada, de onde eram excluídos os não civilizados, portanto se na Europa tinha nações, a África era concebida como tendo as suas tribos. Se cada nação europeia tinha o seu próprio Estado e o seu direito civil, a cada tribo africana correspondiam uma autoridade nativa e um direito costumeiro.⁶⁸ Somente em 1957, é que Elias T. Olawale reconheceu o carácter específico do direito consuetudinário africano.⁶⁹

3 ESTUDO COMPARADO DO DIREITO AFRICANO E EUROPEU

Os costumes, segundo LOYD, podem ser comparados ao sistema positivo moderno, vez que se prestam a regular a ordem social, de acordo com suas condições e necessidades econômicas e impondo sanções em caso de descumprimento.⁷⁰

O direito costumeiro consigna-se no conjunto de usos, costumes e práticas de uma sociedade, aceites como se de leis se tratassem, sem serem necessariamente formalizadas pelo processo legislativo, estando o costume inteiramente ligado: à cultura, aspectos étnicos e religiosos; à localização geográfica; à colonização e influência estrangeira.⁷¹ O costume per si, seria o conjunto de usos dentro de uma comunidade, cujo seu uso perdurado no tempo, fez com que obtivesse a força de Lei. Conforme a tese de Menski, na sua análise comparativista do direito africano, segundo o qual existe uma ligação existe uma interação entre os elementos do Estado, sociedade e religião, sem predominância de qualquer uma delas.⁷²

3.1 Direito Costumeiro Europeu e Latino Americano

⁶⁸ PRETTI, Gleibi. Os costumes como fonte de direito, obtido em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-costumes-como-fonte-do-direito/1176562443>. Acesso: 01.01.2024. 10:00.

⁶⁹ ALLIOT, Michel, *La Coutume dans les droits originellement africains*, paru dans Bulletin de liaison du LAJP, n° 7-8, 1985, pp. 79-100.

⁷⁰ O costume na formação do Direito europeu contemporâneo. Disponível em: (1library.org)

⁷¹ FANCHINI, Tiago. Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos, obtido em: Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos. Disponível em: (projuris.com.br). Acesso: 01.01.2024

⁷² PRETTI, Gleibi. Os costumes como fonte de direito. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-costumes-como-fonte-do-direito/1176562443>. Acesso: 01.01.2024. 10:00.

Este Direito, que ainda não é um Direito elaborado, civilizado, é marcado por concepção religiosa e filosófica, herdadas de um passado, que chamamos – pré-histórico, e filosóficas herdadas de um passado considerado pré-histórico; este Direito que, no espírito dos europeus, é a expressão do costume, mas que, na realidade, é uma criação europeia perfeitamente artificial, chama-se - direito consuetudinário.⁷³ Na Europa, a pessoa é um indivíduo é uma pessoa, a mesma pessoa desde o nascimento até a morte, com direitos invariáveis e idênticos para todos.

3.1.1 Direito francês

No direito francês, em primeiro lugar, para que um costume seja reconhecido como tal, deve satisfazer três critérios: o critério material, ou seja, não deve estar escrito. Em segundo lugar, o costume baseia-se também no facto de os habitantes estarem convencidos de que esta regra é vinculativa - critério psicológico. Para além destes dois critérios materiais e psicológicos obrigatórios, há que ter em conta um outro aspeto. Trata-se também de um sistema jurídico baseado num conjunto de regras que têm absolutamente de ser repetidas ao longo do tempo.⁷⁴

O Butão, o Sri Lanka e a Mongólia são atualmente os únicos países que praticam o direito consuetudinário em geral. E por boas razões, estão a decorrer numerosos debates sobre o lugar do costume no direito. Há um confronto de correntes de pensamento: uns negam classicamente o lugar do costume, enquanto outros reconhecem a sua existência efectiva no direito francês.⁷⁵

O direito francês é também composto por fontes formais de direito, nomeadamente o direito estatutário, a jurisprudência, a doutrina jurídica e os princípios gerais, e por fontes informais, nomeadamente fontes não escritas como os costumes e a doutrina jurídica.⁷⁶

Atualmente, o lugar que o costume ocupa no direito francês depende do papel que lhe é atribuído pelos tribunais. Na maioria dos casos, o costume interage com a lei. Existem várias formas de interação entre o costume e a lei. A primeira, designada por “*secundum*

⁷³ MAGNANT, Jean Pierre, *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, pp. 167-192.

⁷⁴ Direito constitucional, *La coutume est-elle une source première de droit ?*, dissertação jurídica. Disponível em: doc-du-juriste.com. Acesso: 3.11.2021.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

legem”, significa que o costume é estabelecido em conformidade com o texto da lei. Um exemplo é a interpretação dos contratos, em que o juiz interpreta um contrato de acordo com o que é habitual num país. ⁷⁷

Em segundo lugar, o costume pode complementar a lei, embora tal seja relativamente raro. É o chamado costume “*praeter legem*.” O principal exemplo é o do nome da mulher casada, que recebe automaticamente o nome do marido. Esta tradição remonta ao século XIX, quando as mulheres não tinham qualquer poder jurídico. Este poder marital desapareceu, mas o costume manteve-se. ⁷⁸

Por último, a lei pode tornar o costume inaplicável, caso em que a sua prática não será autorizada. Um exemplo é a transferência manual de um objeto em troca de um ganho pecuniário. Trata-se de uma prática habitual aceite pela maioria dos cidadãos. No entanto, esta prática não está em conformidade com o Código Civil. Em França, o costume não produz normas constitucionais, das quais derivam todas as normas jurídicas em França. Além disso, o Conselho Constitucional nunca se baseou no costume para promulgar uma norma, seja ela qual for. ⁷⁹

Desde a Revolução Francesa, a França tem tido assembleias constituintes e legislativas, com a criação de comunas e departamentos, por exemplo, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Esta declaração deu origem a princípios gerais de direito (como o princípio geral do direito à igualdade), mas estes não são semelhantes aos costumes. De facto, ao contrário dos costumes, os princípios gerais de direito têm um lugar reconhecido pelos tribunais na hierarquia das normas. Além disso, contrariamente aos princípios gerais de direito, a validação por um juiz não é necessária para que o costume exista. ⁸⁰

O costume tem, por conseguinte, um lugar limitado no direito francês. No entanto, é possível encontrar exemplos de costumes. Mayotte, por exemplo, tem um sistema jurídico que se divide entre a tradição local e o direito nacional. O departamento, por exemplo, baseia-se

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ MAGNANT, Jean Pierre. *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, pp. 167-192.

⁷⁹ MAGNANT, Jean Pierre. *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, pp. 167-192.

Direito constitucional, *La coutume est-elle une source première de droit ?*, dissertação jurídica. Acesso: doc-du-juriste.com. Acesso: 3.11.2021.

⁸⁰ MAGNANT, Jean Pierre. *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, pp. 167-192

Direito constitucional, *La coutume est-elle une source première de droit ?*, dissertação jurídica. Disponível em: doc-du-juriste.com. Acesso: 3.11.2021.

nos costumes africanos e malgaxes. A sociedade tradicional mahorana baseia-se nos princípios da preeminência do grupo sobre o indivíduo, da matrilinearidade (filiação definida na linha materna) e da matrilocalidade (residência da família na casa da mãe). Certas escolas de pensamento, incluindo o realismo, baseiam-se na existência e na prática do costume em França.⁸¹

3.1.2 Brasil

É cediço que o Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante tal realidade, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não escritas, cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas, ao revés, pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, actua contemporaneamente como uma autêntica secundária, mediata ou indireta do Direito brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.⁸²

3.1.3 Portugal

O problema da admissibilidade do costume enquanto fonte de Direito coenvolve duas questões específicas: i) a questão de saber, se o costume é ou não, propriamente uma fonte de Direito; ii) e, em caso de resposta afirmativa à questão anterior, que posição relativa ocupará ele em relação à lei.⁸³

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 importante.

⁸¹ MAGNANT, Jean Pierre. *Law and custom in contemporary Africa*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 02.01.2024, P-167-192

Direito constitucional. *La coutume est-elle une source première de droit ?*, dissertação jurídica. Disponível em: doc-du-juriste.com. Acesso: 3.11.2021.

⁸² FRIEDE, Reis, o costume jurídico enquanto fonte do direito brasileiro, 27/02/2023. Acesso em : O costume jurídico enquanto fonte do direito brasileiro (*the legal custom as a source of the brazilian law*) - *Jus.com.br* | *Jus Navigandi*.

⁸³ *Idem*, 21.

Particularmente controverso vem a ser o artigo 348.º CC – onde, muito simplificada, se dispõe que uma parte que, em tribunal, invocar direito consuetudinário (direito costumeiro) com o objetivo de a causa ser resolvido na base da aplicação desse mesmo direito, deve provar a sua existência e o seu conteúdo, muito embora o tribunal tenha, por si só, que desenvolver um certo esforço para procurar conhecê-lo. Fora o artigo 348.º, encontramos ainda uma série de focos legais de relevância do “costume, nos artigos 1400.º, 1401.º e 737.º/1 a) do CC.”⁸⁴

3.2 O direito Costumeiro na África

A valorização do costume remonta do período pré-colonial, mas a mesma só começou a ganhar grande visibilidade nos Estados africanos pós-independentes com o início da reconfiguração político-administrativa dos mesmos, o estabelecimento de limites das práticas costumeiras, esteve sempre sob alçada dos líderes tradicionais. Estas entidades reúnem legitimidade junto das comunidades com base em regras costumeiras, tendo sido integradas em dois modelos: o monista de inspiração inglesa (*indirect rule*) que enquadrou as autoridades tradicionais na administração pública, e o modelo dualista, que no seu essencial as encarrou num sistema paralelo à administração estadual.⁸⁵

Segundo Anthony Diala, o direito consuetudinário africano é controverso. Isto se deve à dissonância entre o passado e o presente. Os contextos sociais em que os africanos interagem mudaram ao longo do tempo. Estas mudanças foram caracterizadas por uma relação tensa entre os costumes indígenas e as leis estatutárias com origens coloniais.⁸⁶

O direito costumeiro na África ainda é muito aparente, tendo em vista que estamos diante de situações com muitas comunidades distintas, em que não houve, durante sua história, comunicações com outros povos, sendo assim, cada região criou sua regra.⁸⁷ Os usos e costumes africanos são dotados de uma vasta e diversificada riqueza imaterial, fator que se

⁸⁴ Costume como fonte de direito em Portugal. Disponível em: Portugal.pdf (cld.pt). Acesso:22.01.2023. 18:00.

⁸⁵ SOUSA, Paulo de. Costume como fonte de direito, obtido em: <https://pt.scribd.com/document/481769593/costume-como-fonte-de-direito>, 2020, p.3.

⁸⁶ DIALA, Anthony, *Understanding the relevance of African customary law in modern times*. Disponível em: theconversation.com

⁸⁷ PRETTI, Gleibi. Os costumes como fonte de direito. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-costumes-como-fonte-do-direito/1176562443>. Acesso: 01.01.2024. 10:00.

explica tanto pela diversidade de etnias presentes na África quanto pela influência de povos do Oriente Médio e europeus que tiveram contato com os africanos ao longo da história.⁸⁸

No continente africano, os sistemas consuetudinários, atuando fora do regime estadual – e dominantes nos âmbitos de regulação e resolução de disputas, cobrem aproximadamente 90% da população, em algumas partes do continente africano. Ilustrando: na Serra Leoa, cerca de 85% da população é regida pelo direito costumeiro; em Moçambique e no Gana, cerca de 90% das transações fundiárias são feitas ao abrigo das regras costumeiras; sendo que, na maior parte dos países africanos, cerca de 95% das relações fundiárias são abrangidas pela posse costumeira.⁸⁹

3.2.1 África do Sul

A dissonância do costume é muito evidente na África do Sul, onde o ethos da sua ordem jurídica formal entra frequentemente em conflito com os valores dos costumes indígenas. Isto tornou problemática a interação entre os costumes indígenas e as leis legais.⁹⁰

Ao contrário do que acontecia no passado, quando os herdeiros herdavam propriedades juntamente com o dever de cuidar da família, os herdeiros modernos são influenciados pelas mudanças socioeconômicas para herdarem para si próprios. Da mesma forma, era natural nas sociedades sul-africanas pré-coloniais que a família estivesse envolvida em contratos de casamento. A família se uniu para fornecer ilobolo (patrimônio da noiva em isiZulu) com sua riqueza coletiva. Hoje, o ilobolo não é mais criado em comunidade. Para regular a aplicação dos costumes indígenas, a África do Sul adotou uma série de leis. Eles incluem a Lei de Reconhecimento de Casamentos Consuetudinários, a Lei de Reforma do Direito Consuetudinário de Sucessões e Regulamentação de Assuntos Relacionados, a Lei dos Direitos à Terra Comunal e a Lei do Quadro de Liderança e Governança Tradicional.⁹¹

⁸⁸ Cultura africana. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/cultura/cultura-africana.htm>. Acesso: 01.01.2024. 12:00.

⁸⁹ *9789894008019.pdf. Disponível em: (ams3.cdn.digitaloceanspaces.com). Acesso: 01.01.2024. 10:00, p. 9.

⁹⁰ DIALA, Anthony, *Understanding the relevance of African customary law in modern times*. Disponível em: theconversation.com

⁹¹ DIALA, Anthony, *Understanding the relevance of African customary law in modern times*. Disponível em: theconversation.com

3.2.1.1 Categoria de fontes do direito na África do Sul

São categorias⁹² de fontes de Direito, no Estado sul africano, as seguintes:

- A primeira categoria é a das leis estatutárias, ou leis estatais, que evoluíram a partir das leis europeias industriais impostas pelos funcionários coloniais. A maior parte das leis estatais são individualistas, prescritivas e carregadas de sanções.
- A segunda categoria é constituída pelas leis indígenas africanas. Trata-se, em grande parte, de costumes não escritos com origens pré-coloniais. Muitos sul-africanos ainda as observam nas suas formas antigas. A maior parte delas surgiu em contextos sociais agrários e muito unidos. Estes contextos davam prioridade aos direitos e responsabilidades comuns.
- A terceira categoria é o direito consuetudinário africano. Este é, sem dúvida, um dos sistemas regulamentares mais incompreendidos do mundo. Consiste em híbridos escritos e não escritos de leis estatais e costumes indígenas. Isto inclui versões distorcidas dos costumes africanos. Por outras palavras, o direito consuetudinário emerge da forma como os africanos adaptam os seus costumes às mudanças jurídicas, económicas, religiosas e culturais desencadeadas pela globalização.

Entre estas mudanças, os legados do colonialismo são os mais influentes. Por exemplo, a igualdade de género tornou-se direito consuetudinário através de várias leis novas. Do mesmo modo, a comunhão de bens tornou-se direito consuetudinário nas relações matrimoniais e a entrega da noiva pode ser efectuada simbolicamente sem afetar a validade do casamento.⁹³

3.2.2 Direito Angolano

Em Angola, o costume é fonte de direito administrativo. Esta realidade jurídica é claramente ancorada, desde logo, pelo princípio constante do artigo 7º da Constituição que reconhece a validade e força jurídica do costume. Por conseguinte, a Administração, na sua atividade e interação com os particulares, pode, assim, observar normas de base consuetudinária. Acresce a isto que o direito costumeiro tem o seu maior âmbito de ação na Administração Local, uma vez que vigora no seio de pequenas comunidades com interesses próprios.⁹⁴

⁹² Idem.

⁹³ Idem.

⁹⁴ RODRIGUES, Adilson das Necessidade António. (2010). Reflexões sobre a influência do direito costumeiro no direito Administrativo angolano à luz da constituição da República de Angola, p. 4. *in* (Dissertação – faculdade de direito da Universidade de Porto), Portugal. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/en/teses.tese?P_ALUNO_ID=98163&p_processo=17366

3.2.3 Moçambique

Nos termos do artigo 3º do Código Civil: 1- Os usos que forem contrários aos princípios de boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine; 2- As normas corporativas prevalecem sobre os usos; temos como artigos referentes aos usos: artigos 218º, artigo 1122º, nº 2 do artigo 1455 do Código Civil. Antigamente, a sociedade regia-se bastante pelo costume; atualmente a tendência vai cada vez mais no sentido de corporizar em texto legal toda e qualquer norma que tenha a sua origem no costume. De resto, a ordem jurídica moçambicana não inclui o costume no elenco das fontes de direito, como facilmente se alcança da leitura do artigo 1 do Código Civil.⁹⁵

A sociedade moçambicana é de facto plural, tendo em vista aos grupos étnicos que constitui a própria sociedade moçambicana (Macuas, Macondes, Changanas, Chopes, Ndaus, etc). Se a perspectiva for continuar com um excessivo centralismo jurídico, poderá pôr em causa esta pluralidade sociológica da sociedade que comporta a sociedade moçambicana. Por isso é importante reconhecer as diferentes práticas consuetudinárias e estabelecer um diálogo com o Estado, para que este desapropriar-se do monopólio do direito.⁹⁶

O texto da CRM, no seu artigo 4º⁹⁷, ter tomado posição no assunto, admitindo a relevância direta do costume como fonte do Direito, em dois centrais preceitos constitucionais:

- Pluralismo jurídico: “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”;
- Autoridade tradicional: “O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito consuetudinário”.
- Acresce ainda que este princípio do pluralismo assume, na CRM, uma conceção dualista, na medida em que se desdobra em dois pluralismos distintos:

⁹⁵ NGOVENE, Daniel, Costume como fonte de direito em Moçambique. Acesso: filotchila.com, acesso aos: 18.01.2023.

⁹⁶ MORAIS, Barbosa. (2020). Pluralismo jurídico em Moçambique: análise da efectivação da Lei n. 4/92 de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrados nos termos do artigo 4º da CRM. Tese. Nampula. Disponível em: <http://repositorio.ucm.ac.mz/handle/123456789/145?locale=pt>

⁹⁷ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República, (2004) in Boletim da República, I a série n.º 51 de 22 de dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei n. 1/2018 de 12 de Junho.

- O pluralismo normativo, o qual respeita à multiplicidade das fontes do Direito, não mais sendo a lei a única fonte do Direito Moçambicano, abrindo-se assim as portas de par em par – ainda que nunca usando essa expressão – ao costume, além de outros direitos de origem não legal;
- O pluralismo institucional, o qual se relaciona com a possibilidade de a resolução dos conflitos se socorrer de instâncias sociais que não são os tribunais do Estado, com prevalência dos tribunais comunitários.⁹⁸

Contudo, esta aceitação constitucional do Direito Costumeyro não é ilimitada e, ao invés, submete-se a condições que parecem razoáveis, num contexto em que ao Direito do Estado deve competir uma força diretiva essencial, sobretudo numa altura em que se trata de afirmar uma organização coletiva, depois de tantos anos de luta pela independência política.

Só que daí não se segue a impossibilidade de a lei – neste caso, a lei constitucional – se pronunciar sobre a validade do costume, até porque o faz muito restritamente, não só apelando a um esquema de resolução de conflitos, não de ingerência direta, como unicamente vedando os costumes que mais grosseiramente ponham em perigo os valores fundamentais da comunidade, protegidos ao nível constitucional.

No n.º 2 do artigo 223.º da Constituição é mesmo escrito que todas as entidades públicas e privadas estão obrigadas a respeitar, na sua relação com as Instituições do Poder Tradicional, os valores e normas costumeiras observadas no interior das mesmas. Destarte, o costume é também fonte de direito administrativo no ordenamento jurídico Angola.⁹⁹¹⁰⁰

4 COSTUME COMO FONTE DE DIREITO

O Professor Inocêncio Galvão Telles, citado por Rodrigues, temos duas teorias para enquadrar o fundamento jurídico do costume, a Teoria Estatista, que considera o costume juridicamente vinculativo só por vontade do Estado; e a Teoria Pluralista considera o costume

⁹⁸ A relevância independente e directa do costume como fonte geral de direito, MMO Escola. Disponível em: escola.mmo.co.mz. Acesso: 16.12.2022. 12:00.

⁹⁹ RODRIGUES, Adilson das Necessidade António. (2010). Reflexões sobre a influência do direito costumeyro no direito Administrativo angolano a luz à luz da constituição da República de Angola, in (Dissertação – faculdade de direito da Universidade de Porto), p.4. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/en/teses.teses_juri?p_record_set_size=10&p_sigla=&p_ord_campo=NOME&p_docente=300207&p_tipo_lista=C

¹⁰⁰ Para um estudo mais profundo sobre a coexistência normativa no Direito Angola, vide, por todos: FEIJÓ, Carlos. (2012). A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana. Almedina. Lisboa.

juridicamente vinculativo na medida em que é prezado pelo desígnio do povo, sendo maioritariamente defendida a segunda, pois o costume nasce da vontade popular do Estado, sem necessitar da intervenção estatal.¹⁰¹

4.1 Características do Direito Consuetudinário

- Flexibilidade: que se relaciona com a mutabilidade de comportamentos e pensamentos da sociedade ao longo do tempo, embora as tradições e os costumes sejam mantidos por várias gerações, eles também são flexíveis e são passíveis de mudança.
- Adaptabilidade: o direito consuetudinário se adapta à realidade e às novas formas de pensar de uma sociedade, as tradições podem continuar existindo, mas podem sofrer adaptações para melhor se adequarem aos ideais atuais da sociedade.
- Legitimidade: o direito consuetudinário é considerado norma jurídica, ainda que não esteja positivada.¹⁰²

4.2 Características do Costume

Para que o costume seja considerado fonte do direito, é imprescindível a presença de dois componentes: *o corpus* e *o animus*, pois embora alguns autores citem um terceiro - a duração. O *corpus*, que é o elemento objetivo, caracteriza-se pela prática reiterada; já o *animus* (elemento subjectivo) é a convicção de obrigatoriedade; quanto a duração, em que se exige um período de tempo mínimo necessário para a conversão de determinada prática em costume como fonte de direito, à semelhança da Lei da Boa Razão de 1769, promulgada, em Portugal, por Marquês de Pombal¹⁰³, a qual exigia 100 anos para que o costume fosse considerado como fonte de direito.¹⁰⁴

No que respeita ao caso angolano, um aspecto típico do costume, trata-se do seu aspecto espiritual e mágico-religioso que está ligado ao temor da sanção divina e do poder dos seus

¹⁰¹ RODRIGUES, Adilson das Necessidade António. (2010). *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁰² FANCHINI, Tiago, Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos. Obtido em: Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos (projuris.com.br). Acesso: 01.01.2024. 12:00.

¹⁰³ Para um estudo paralelo sobre a transição do sistema ideológico em Moçambique face às tradições, hábitos e costumes, vide – entre Sebastianismo europeu e provincianismo moçambicano, o que aprender? –: CARVALHO, Hamilton S. S. (2016). Do Poder – Temas e Ideias sobre Política, Economia e Direito, pp. 35 e ss.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Adilson das Necessidade António. (2010). *Op. Cit.* p. 4. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/en/teses.teses_juri?p_record_set_size=10&p_sigla=&p_ord_campo=NOME&p_docent_e=300207&p_tipo_lista=C

ancestrais, entidades em cuja existência a população rural crê bastante, e daí o acatamento pleno do seu poder influenciador.¹⁰⁵

Conforme a doutrina, temos costumes internacionais, constitucionais, administrativos, civis e penais. No quadro da sua relação com a lei, são designados os costumes *secundum legem*, quando estão conforme a lei; os costumes *praeter legem*, que dispõem sobre matérias não reguladas por lei, servindo, neste caso, como método de integração de lacunas; e os costumes *contra legem* que se caracterizam por práticas consuetudinárias opostas ao estipulado na lei.¹⁰⁶

4.3 O valor jurídico do costume no direito positivo

O costume é um elemento fundamental no ordenamento jurídico dos Estados, desempenhando um papel essencial na aplicação e interpretação das leis. A relevância do costume reside no fato de que ele expressa a vontade e os valores da sociedade, refletindo sua cultura, tradições e costumes.

A importância do Costume Jurídico reside na sua capacidade de refletir os valores e as necessidades da sociedade em um determinado momento histórico. Ele é um instrumento de adaptação da lei aos anseios e às evoluções sociais, proporcionando uma maior flexibilidade e adequação às demandas contemporâneas.¹⁰⁷ De forma geral, o costume tem um papel relevante no direito positivo¹⁰⁸, como:

- Sentimento de Justiça: O costume reflete a consciência coletiva da sociedade em relação ao que é considerado justo e adequado;
- Suplementação da Lei: O costume pode suplementar as leis existentes, preenchendo eventuais lacunas normativas;
- Adaptação do Direito: O costume jurídico permite que o direito se adapte às mudanças sociais e culturais ao longo do tempo. À medida que a sociedade evolui, novos costumes podem surgir e serem incorporados ao ordenamento jurídico, trazendo uma maior atualidade e relevância para as leis;
- Fonte de Evidência: o costume pode servir como prova em um processo judicial, sendo considerado como uma fonte de evidência de práticas sociais reiteradas e aceitas;

¹⁰⁵Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ O Costume Jurídico: Uma Análise Detalhada de seu Papel no Direito Brasileiro. Disponível em: reyabogado.com

¹⁰⁸ O Costume Jurídico: Uma Análise Detalhada de seu Papel no Direito Brasileiro. Disponível em: reyabogado.com

- Tradições Locais: O costume jurídico é especialmente relevante em comunidades tradicionais e indígenas, onde as práticas culturais e sociais são preservadas ao longo de gerações.

Posto isto, e em consideração a tudo quanto ficou indagado, não deixa ainda de ser de suma importância as relações que envolvem o Costume e o Direito penal, isto é, o problema da relação entre o princípio da legalidade da intervenção penal e o costume no âmbito de um pluralismo jurídico identificável ao nível dos ordenamentos jurídicos atrás analisados. Obviamente, analisar a designada relação pressupõe que recaia uma análise conjunta tridimensional, isto é, entre os conceitos que envolve: (i) o costume; (ii) o princípio do pluralismo político e; (iii) o da legalidade da intervenção penal contraposto ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Naturalmente, não caberia aqui aprofundar tal complexidade senão apenas aprofundar o alcance normativo do disposto nas Constituições dos ordenamentos jurídicos listados e analisados os quais nos remete para um questão muito particular que diz respeito, por exemplo, com a compatibilidade do actual artigo constitucional que se refere às fontes do direito, sua posição hierárquica, enquanto disposição normativa que – nalguns ordenamentos jurídicos – prevê reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição e/ou viole o princípio universal da dignidade da pessoa humana e – noutros ordenamentos – como força jurídica que concorre em pé de igualdade com a chamada fonte imediata do Direito, a Lei (*strito senso*) ou a legislação (*latíssimo senso*).¹⁰⁹

5 CONCLUSÃO

A investigação posta sobre o tema apresentado permitiu-nos depreender que, o direito africano inicialmente não foi aceite como direito, trata-se de um direito cujas fontes eram predominantemente de origem costumeira, e a visão extremamente positivista não podia aceitar um direito de fonte não estatal e não escrita. O direito africano compreende hoje: instituições jurídicas indígenas: leis religiosas; instituições legais e jurídicas admitidas como herança; Leis e decretos dos Estados africanos. Este Direito que, no espírito dos europeus, é a expressão do costume, mas que, na realidade, é uma é uma criação europeia perfeitamente

¹⁰⁹ Para mais detalhes, vide: CARVALHO, Hamilton Sarto Serra (2022). Tratado de Direito Constitucional, pp. 40 e ss.

artificial, chama-se - direito consuetudinário. Por sua vez, na Europa, a pessoa é um indivíduo é uma pessoa, a mesma pessoa desde o nascimento até a morte, com direitos invariáveis e idênticos para todos

No sistema Europeu, observou-se o sistema francês, onde o costume tem, por conseguinte, um lugar limitado no direito francês. No entanto, é possível encontrar exemplos de costumes, atualmente, o lugar que o costume ocupa no direito francês depende do papel que lhe é atribuído pelos tribunais. Quanto ao sistema brasileiro, costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, actua contemporaneamente como uma autêntica secundária, mediata ou indireta do Direito brasileiro. No sistema português, 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 importante. Particularmente controverso vem a ser o artigo 348.º CC – onde, muito simplifadamente, se dispõe que uma parte que, em tribunal, invocar direito consuetudinário 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.

Quanto ao Direito africano, a valorização do costume remonta do período pré-colonial, mas a mesma só começará a ganhar grande visibilidade nos Estados africanos pós-independentes com início da reconfiguração político-administrativa dos mesmos, o estabelecimento de limites das práticas costumeiras, esteve sempre sob alçada dos líderes tradicionais. No continente africano, os sistemas consuetudinários, atuando fora do regime estadual – e dominantes nos âmbitos de regulação e resolução de disputas, cobrem aproximadamente 90% da população, em algumas partes do continente africano. Ilustrando: na Serra Leoa, cerca de 85% da população é regida pelo direito costumeiro; em Moçambique e no Gana, cerca de 90% das transações fundiárias são feitas ao abrigo das regras costumeiras; sendo que, na maior parte dos países africanos, cerca de 95% das relações fundiárias são abrangidas pela posse costumeira.

Quanto ao sistema sul africano, para regular a aplicação dos costumes indígenas, a África do Sul adotou uma série de leis. Eles incluem a Lei de Reconhecimento de Casamentos

Consuetudinários, a Lei de Reforma do Direito Consuetudinário de Sucessões e Regulamentação de Assuntos Relacionados, a Lei dos Direitos à Terra Comunal e a Lei do Quadro de Liderança e Governança Tradicional. Já em em Angola, o costume é fonte de direito administrativo. Esta realidade jurídica é claramente ancorada, desde logo, pelo princípio constante do artigo 7º da Constituição que reconhece a validade e força jurídica do costume.

Quanto à sociedade moçambicana e de facto plural, tendo em vista aos grupos étnicos que constitui a própria sociedade moçambicana, o quadro do pluralismo jurídico moçambicano compreende três normas: estaduais, costumeiras e internacionais. O pluralismo significa que dentro de um mesmo ordenamento jurídico, coexistem normas, que assentam como fontes. Moçambique, tendo grande número de grupos étnicos existentes no país, com uma grande diversidade de costumes e religiões que coexistem era inevitável. Neste sentido não se pode negar a existência de diferentes grupos étnicos que regem sociedades distintas, enfatizando, a necessidade de que os Estados valorizem o costume, permitindo a autonomia da sociedade na gestão dos problemas sociais, ou seja, a necessidade de buscar concretizar o pluralismo jurídico. Diante dos argumentos expostos nesse artigo, chegamos à ideia de que como fonte do direito temos o costume, algo ainda muito importante não apenas na África, mas no mundo, como um dos pilares para coadjuvar o Estado de Direito na realização da Justiça.

Bibliografia Legislação

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República, (2004) in Boletim da República, I.ª Série n.º 51 de 22 de dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei n. 1/2018 de 12 de junho;

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Código Civil, O Código Civil de 1966, aprovado como Código Civil português, pelo Dec – Lei no 47344, de 25 de Novembro de 1966 e extensivas às Províncias Ultramarinas pela Portaria no 22 869, de 4 de Setembro de 1967.

1. Doutrina

CARVALHO, Hamilton Sarto Serra. **Tratado de Direito Constitucional**. Maputo-Lisboa: Escolar Editora, 2022.

CARVALHO, Hamilton Sarto Serra. **Do Poder – Temas e Ideias sobre Política, Economia e Direito**. Portugal: Corpus Editora, 2016.

FEIJÓ, Carlos. *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*. Lisboa: Almedina, 2012, p. 491.

2. Doutrina na Web

ALLIOT, Michel, La Coutume dans les droits originelment africains, **Bulletin de liaison du LAJP**, n° 7-8, p. 79-100, 1985. Disponível em: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/alliotcoutume.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2024.

ANJOS, Alberico Teixeira dos. Direito Africano ou direitos africanos? Algumas considerações sobre direito africano e o uso político do direito costumeiro. [S.l.], p. 129-153, [S.d]. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/17062019_120308.pdf. Acesso: 02 jan. 2024.

COSTUME como fonte de direito em Portugal. Disponível em: [Portugal.pdf \(cld.pt\)](#). Acesso: 22 jan. 2023.

DIALA, Anthony. Understanding the relevance of African customary law in modern times. The conversation. [S.l.], 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/understanding-the-relevance-of-african-customary-law-in-modern-times-150762> Acesso: 05 abr. 2024.

ESCOLA MMO. A relevância independente e direta do costume como fonte geral de direito. 2022. Disponível em: <https://escola.mmo.co.mz/outras-fontes-de-direito/>. Acesso em: 16 dez. 2022.

FANCHINI, Tiago. Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos, obtido em: Direito Consuetudinário: conceitos, requisitos e exemplos. **PROJURIS**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/direito-consuetudinario/> Acesso em: 01 jan. 2024.

FRIEDE, Reis. O costume jurídico enquanto fonte do direito brasileiro. **Jus.com.br**. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/102224/o-costume-juridico-enquanto-fonte-do-direito-brasileiro-the-legal-custom-as-a-source-of-the-brazilian-law>. Acesso em: 27 fev. 2023.

LA COUTUME est-elle une source première de droit ? - Dissertation juridique L1. **Doc du juriste**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://www.doc-du-juriste.com/blog/conseils-juridiques/coutume-est-elle-une-source-premier-e-droit-dissertation-juridique-30-11-2021.html>. Acesso em: 05 abr. 2024.

MAGNANT, Jean Pierre, Law and custom in contemporary. Africa. **Droit et cultures**. [s.l.], v. 48, n.2, p. 167-192, 2004. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1775>. Acesso: 27 fev. 2023.

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 4º da CRM. 2020. p. 269. Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Direito, Nampula - Moçambique. Disponível em: <http://repositorio.ucm.ac.mz/handle/123456789/145>. Acesso em: 05 abr. 2024.

NGOVENE, Daniel. Costume como fonte de direito em Moçambique. **Filotchila**. [S.l.], 2022. Disponível em: https://www.filotchila.com/blogs/53172/Costume-como-fonte-de-Direito-em-Mo%C3%A7ambique?lang=pt_br. Acesso: 18 jan. 2023.

PRETTI, Gleibi. Os costumes como fonte de direito. **Jusbrasil**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-costumes-como-fonte-do-direito/1176562443> Acesso: 01.01.2024.10:00.

PORFÍRIO, Francisco. Cultura africana. **Brasil Escola**, [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <https://brasilestola.uol.com.br/cultura/cultura-africana.htm>. Acesso em: 01 jan. 2024.

RODRIGUES, Adilson das Necessidade António. **Reflexões sobre a influência do direito costumeiro no direito administrativo angolano à luz da constituição da República de Angola de 2010**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Porto, Portugal, 2018. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/en/teses.tese?P_ALUNO_ID=98163&p_processo=17366
SOUSA, Paulo. Costume como fonte de direito. 2020. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/481769593/costume-como-fonte-de-direito>.

THE LEGAL VALUE OF CUSTOM IN POSITIVE LAW: COMPARED STUDY AT THE LEVEL OF AFRICAN AND EUROPEAN LAW

Abstract: This article aims to address the legal value of custom in positive law, thus seeking to make a comparative study of custom at the level of African and European law, having in this way, selected in the European system - Brazil, Portugal and France, and as for the African system - Mozambique, Angola and South Africa. This theme is related to the need to understand what is the legal value of custom in positive law? since it has always been studied that the law is the source of law par excellence, as well as taking into account and considering the fact that, in the national legislation, Article 4 of the CRM emphasizes legal pluralism, underlies the existence of different ethnic groups in the national order, thus emphasizing the role of custom, however this has not been materialized, so we seek to understand its value in positive law, using comparative law. Since it is quite broad to discuss Europe and Mozambique, we have selected a few countries to study, without, however, intending to exhaust the subject, but rather to allude to its relevance for achieving justice in the different legal systems. This study is in the field of comparative public law and was written as an assessment question for the doctoral module in public law, in the subject of comparative public law, with the aim of comparing African and European custom, from a doctrinal perspective, seeking to review the existing literature, raising awareness throughout the world. We used bibliographical research and the comparative-deductive and hermeneutic methods to produce this article. As a source of law, we have custom, which is still very important not only in Africa, but throughout the world, as one of the pillars for the realization of justice. In this sense, we cannot deny the existence of different ethnic groups that govern different societies, emphasizing the need for states to value custom, allowing the autonomy of society in the management of social problems, that is, the need to seek to achieve legal pluralism.

Key words: custom; African law; positive law; comparative law; legal pluralism.