

O costume e os usos no século XXI*

PROF. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: I – O costume: 1. *Ideia geral e evolução*; 2. *Os requisitos e os fundamentos*; 3. *Modalidades; as relações com a lei*; 4. *O costume na lei e na jurisprudência; os usos*; 5. *A contraprova: a extinção da colonia*. II – Os usos: 6. *Noção; o artigo 3.º do Código Civil*; 7. *Elementos e natureza; confronto com o costume*; 8. *Os usos do Código Civil; os usos como estalões (standards)*; 9. *Os usos nos contratos internacionais*; 10. *O novo ius mercatorum*; 11. *Os usos internos; os tipos sociais e os usos bancários*; 12. *Natureza; a “boa-fé”*.

I – O costume

1. *Ideia geral e evolução*

I. O costume é comumente definido como uma prática social reiterada (o *corpus*), acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade (o *animus*).

Nas sociedades primitivas, muito simples, o costume era a fonte, por excelência, do Direito. Os membros do grupo deveriam observar as condutas habituais, desde sempre respeitadas e com as quais todos contariam, considerando-as inevitáveis. O comportamento desviante contrariava o costume, sendo sancionado. Ainda neste estágio, o costume tendia a absorver o que hoje chamamos Direito, Moral e Religião.

Com a positivação do Direito e o desenvolvimento da Ciência jurídica, o costume foi isolado, enquanto fonte autónoma.

* O presente original destina-se aos Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.

II. Historicamente, o Direito romano terá tido origem consuetudinária¹. Com o desenvolvimento voluntarístico do Direito (leis, éditos, *senatus-consulta* e jurisprudentes), o puro costume recuou, ou foi absorvido.

Pergunta-se, agora, que ideia tinham os próprios romanos, como primeiros cientistas do Direito, sobre a matéria. Quanto a um Direito consuetudinário propriamente dito, os romanistas respondem pela negativa²: esse tema, ainda que com base em Direito romano, desenvolveu-se com a pandetística. Conheciam, todavia, práticas consuetudinárias, embora em troços de autenticidade duvidosa.

Gaio refere o costume apenas no início das suas *institutiones*³:

Todos os povos, que se regem por leis e costumes, aplicam em parte o seu próprio Direito e em parte o Direito comum dos homens e todas as pessoas.

Subsequentemente, não lhe dá qualquer tratamento. Nas *institutiones* de Justiniano, distingue-se o Direito escrito do não escrito⁴. Quanto a este último⁵:

O Direito não escrito advém quando o uso comprove. Então o costume longamente usado, aceite por aqueles que o pratiquem, é semelhante a uma lei.

Os *digesta*, em texto atribuído a Ulpiano, repetem a contraposição de Gaio⁶. Depois de expor as fontes, com recurso a um fragmento de Juliano, admite-se

¹ MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, I – *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 1, 2.^a ed. (1971), § 5, I (29); vide RICCARDO ORESTANO, *Dal ius al fas / Rapporto fra diritto divino e umano in Roma all'età primitiva all'età classica*, BIDR XLVI (1939), 194–273 (216 ss.).

² MAX KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, 2.^a ed., § 48, I (196), com muitas indicações.

³ GAIO, *Institutiones* I, 1 = ed. bilingue publ. e traduzida por ULRICH MANTHE, *Die Institutionen des Gaius* (2004), 36–37. Diz o original:

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur.

⁴ I. 1.2.3 = *Corpus iuris civilis / Text und Übersetzung*, por OKKO BEHRENDTS e outros, 1, 2.^a ed. (1995), 3. Vale a pena reter o texto:

constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἐγγράφοι, οἱ δὲ ἀγράφοι. Scriptum ius est lex, plebi scita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

[o nosso Direito consta de Direito escrito e não escrito, tal como com os gregos: algumas normas são escritas outras não escritas. Direito escrito são a lei, os plebiscitos, os *senatus-consulta*, as determinações imperiais, os editos dos magistrados e as opiniões dos prudentes.]

⁵ I 1.2.9 = ed. OKKO BEHRENDTS cit., 5. Em latim:

ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

⁶ D. 1.1.6 = ed. OKKO BEHRENDTS cit., II, 93.

o recurso ao costume, na falta de leis escritas⁷: *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* [O costume inveterado é guardado como lei com mérito]⁸.

Mas a matéria dos costumes foi evoluindo, no Direito romano⁹. No *Codex*, exigia-se expressamente a conformidade com a razão, aditando-se ainda a não contrariedade à lei¹⁰:

A autoridade do costume e do uso longamente praticados não é vil; mas a sua validade não é tanta que vença quer a razão, quer a lei.

Provavelmente os surtos de Direito consuetudinário que surgiram no Império, à medida que as províncias desabavam, levou a autoridade imperial a precaver-se.

III. Ao longo da História, o costume conheceu momentos altos. O Direito romano, enquanto ordenamento de base legal, edital e doutrinário, fez recuar o costume. Conhecia-o, como vimos, mas, pelo seu desenvolvimento, fê-lo regressar às províncias e aos meios rurais. Em sociedades muito diferenciadas, surgem continuamente casos para os quais não é possível apontar costumes pré-existent.

A queda do Império Romano e o imenso retrocesso sócio-cultural que isso provocou levaram ao ressurgimento do costume: um fenómeno reforçado pelo advento de novos dominadores – os povos germânicos – cujos ordenamentos eram, no essencial, de base consuetudinária¹¹.

Muito interessante foi ainda a manutenção, mormente no Sul da Europa, do Direito romano, mas sob forma consuetudinária. Digamos que o Direito de origem voluntarística e racional, privado dos seus suportes institucionais (magistrados, funcionários, livros, escolas e meios de coerção estadual), simplificava-se e mantinha-se na prática dos povos. E essa mesma base contribuiu para uma formação romana de novos costumes, como os atinentes à estruturação feudal¹². Apesar do desenvolvimento do Estado (do poder real) e da fundação

⁷ JULIANO, D. 1.3.32.pr. = ed. OKKO BEHRENDIS cit., II, 115.

⁸ *Idem*, D. 1.3.32.1.

⁹ Sobre toda esta matéria: CAETANO SCHERILLO, *Consuetudine (diritto romano)*, NssDI IV (1960), 301-310 (302 ss.).

¹⁰ C. 8.53.2 = ed. CHRISTOPH HENR. FREIESLEBEN, II (1740), 773:

consuetudinis ususque longaevis non vilis autoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

¹¹ Sobre a matéria, com indicações, GUIDO ASTUTI: *Consuetudine (diritto intermedio)*, NssDI IV (1960), 310-320.

¹² *Idem*, 311.

das Universidades, o Direito consuetudinário manteve-se como a fonte principal, na baixa Idade Média e no início da Moderna¹³.

Também o Direito canónico reconheceu o costume, ainda que dentro de limites: não contrariar a lei canónica no seu todo e corresponder ao prolongamento do que ela já estabeleça¹⁴: *ius non scriptum, diuturnis populi moribus, et cum aliquo legislatioris consensu, introductum*.

IV. O costume mereceu a atenção dos juristas desde a Antiguidade. Documentam-no os trechos romanos acima referidos. Ao longo da História, esse interesse manteve-se, sendo em regra acompanhado de manifestações de simpatia. O costume traduziria algo de genuinamente nacional e popular, estando bem adaptado à sociedade onde surgisse e tendo uma eficácia de princípio bem assegurada.

Com a racionalização do Direito e as codificações, o costume regrediu. Cabe ter presente que o costume representa – ou pode representar – um lastro contrário a quaisquer inovações. Além disso, ele perpetua – ou pode perpetuar – esquemas arcaicos de dominação social e de distribuição de bens. Entra em conflito com reformadores, sobretudo quando se pretenda modernizar a sociedade.

Esta matéria evoluiu nas fontes lusófonas, desde os primórdios às Ordenações¹⁵. Paradigmática, a Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769) só reconhecia o costume não-contrário à lei, conforme com a razão e que apresentasse mais de cem anos de duração.

V. O costume manteve alguma vitalidade em Estados descentralizados, que comportassem vários povos ou nações, como a Espanha, enquanto especificidades regionais e em espaços que houvessem retardado a codificação do seu Direito civil, como a Alemanha.

A pandetística foi a corrente que, nos tempos modernos, mais longe levou o estudo do costume. Seja no Direito romano, seja no Direito moderno e seja, ainda, no Direito público e no Direito eclesiástico, autores como Puchta analisaram longamente o seu conceito e validade, os seus requisitos, o seu reconhe-

¹³ *Idem*, 315.

¹⁴ ARNALDO BERTOLA, *Consuetudine (diritto canonico)*, NssDI IV (1960), 333-334 e ANNA RAVÀ, *Consuetudine (diritto canonico)*, ED IX (1961), 443-455.

¹⁵ *Vide* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito português*, 5.^a ed. (2011), 169 ss., 272 ss. e *passim*.

cimento e a sua prova¹⁶. Savigny também se dedicou ao tema, pelo prisma do Direito romano em si¹⁷ e pelo prisma do Direito romano atual¹⁸. Particularmente visado foi o fundamento da sua validade, enquanto fonte de normas¹⁹. A tal propósito pode falar-se no espírito do povo, na vontade comum dos membros da comunidade ou na própria natureza das coisas²⁰.

2. Os requisitos e os fundamentos

I. O costume, pelas apontadas características da espontaneidade e do nacionalismo popular, tem condimentos que originam um pré-entendimento aprazível. Além disso, ele torna-se de mais fácil intuição do que de explicação.

Quando dele se pretenda fazer uma fonte do Direito, o sentimento não chega: há que sujeitá-lo a um tratamento analítico e científico. Para tanto, importa destrinçar os seus requisitos e os fundamentos de validade.

II. Um primeiro requisito será a conduta: o *corpus*. Tal conduta deve ser generalizada ou, pelo menos, conjunta: *con + sueto*. O preciso âmbito da conduta não é predefinido nas fontes; será, todavia, considerável, de tal modo que a generalidade dos membros da comunidade seja capaz de o identificar.

Exige-se, como segundo requisito, que a conduta seja reiterada e que isso suceda há já algum tempo. Quanto tempo? As fontes não são precisas, mas será um tempo significativo²¹. No Baixo Império, surgia a exigência de vinte anos; a Lei da Boa Razão, requer cem. Teoricamente, mais importante do que a duração da conduta, seria a intensidade. Mas apenas um prolongamento no tempo permite, sequer, identificar a prática e dela retirar normas de conduta.

III. A racionalidade ou razoabilidade da conduta é, por vezes, entendida como um requisito posto pela lei. Como tal é irrelevante, para o costume em

¹⁶ GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* I (1828), XVI + 234 pp. e II (1837), XV + 292 pp.; *vide*, aí, I, 77 ss., 91 ss. e 104 ss. e II, 24 ss., 151 ss. e 223 ss..

¹⁷ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 1 (1840), 34 ss..

¹⁸ *Idem*, 76 ss..

¹⁹ ERNST ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, AcP 66 (1883), 323-468 e GUSTAV RÜMELIN, *Das Gewohnheitsrecht*, JhJb XXVII (1889), 153-252 (164 ss.).

²⁰ FRANZ ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen ins besondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen* (1872), XII + 81 pp. ; *vide*, aí, 28 ss., 38 ss. e *passim*.

²¹ Temos expressões como *inveterata consuetudo*, *diuturni mores* e *consuetudinis ususque longaevi (autoritas)*, nas fontes acima citadas.

si. É certo que, quando reconhecem o costume, as leis exigem racionalidade: já o *codex* assim o anunciava²². E quando não haja lei ou quando a lei seja irrelevante, para indagar da existência do costume?

O costume aqui em causa é o costume-fonte do Direito. Não se trata de um mero dado sociológico mas de um facto ao qual se atribui a solução científica de um caso. O costume deve ser reconhecível como Direito, para a sociedade considerada. Nessa medida, ele terá de ser reconduzível a uma harmonia de conjunto, integrando princípios gerais. A prática que se exprima num mero exercício de força, num puro arbítrio aleatório ou numa manifestação chocante para a comunidade não é Direito nem, logo, costume jurídico. Admitimos pois, como terceiro requisito do costume, a sua racionalidade, no sentido de compatibilidade com o Direito no seu todo.

Já o reconhecimento pela lei não é requisito necessário, salvo o que de seguida se dirá quanto ao fundamento do costume.

IV. O fundamento do costume tem sido imputado a vários fatores²³. Desde logo, na autoridade do sujeito que o reconheça: mas isso equivaleria a considerar esse mesmo sujeito como a fonte do Direito.

Fundamento muito vincado assentaria na conduta dos próprios sujeitos praticantes: eles agiriam na base da convicção da obrigatoriedade da conduta (*opinio iuris vel necessitatis*)²⁴. Contra esta conceção, dita subjetiva, manifestou-se energicamente Ferrara²⁵: se há *opinio iuris*, é porque já há Direito ou, se se quiser: a convicção de obrigatoriedade é consequência e não causa dessa obrigatoriedade.

Passa-se, então, a um fundamento objetivo: a própria matéria regulada, por exigir, por hipótese, um tratamento jurídico que o costume lhe vem dispensar, seria o fundamento desta fonte. A hipótese tem consistência: mas deixa por distinguir o costume do mero uso.

²² C. 8.53.2, acima citado.

²³ NORBERTO BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, ED IX (1961), 426-442 (429/I ss.).

²⁴ ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1, 15.^a ed. (1959), § 38, I (261), refere que o costume vigora "através do exercício que manifesta uma vontade de valia jurídica da comunidade" em sentido psicológico. O salto para a juridicidade só pode advir da positividade.

²⁵ NORBERTO BOBBIO, *Consuetudine* cit., 432; também PAUL OERTMANN, *Civilistische Rundschau*, AbürgR 1897, 102-148 (110), faz uma referência objetivista ao costume; mantém-se curioso o estudo de THEODOR GERSTNER, *Eisenbahn-Betriebs-Reglement und Verkehrs-Ordnung, ihre Entstehung und ihre rechtliche Natur*, AöR 11 (1896), 161-250 (165 ss.), onde a matéria é tratada, também, objetivamente.

Também o reconhecimento pelo juiz tem sido apontado como fundamento do costume: uma solução questionável e que nos leva ao tema do confronto com a lei, abaixo apontado.

3. *Modalidades; as relações com a lei*

I. O costume tem sofrido, ao longo dos tempos, as mais diversas distinções. Assim:

- quanto à sua duração, pode falar-se em costume centenário, multi-secular ou imemorial;
- quanto ao âmbito de vigência, o costume será nacional, regional ou local;
- quanto à matéria a que respeite, poderá ser público ou privado, civil ou comercial, obrigacional, real, familiar ou sucessório, processual, intencional ou europeu;
- quanto ao suporte, poderá ser escrito ou meramente oral.

II. As relações entre a lei e o costume constituem um capítulo delicado²⁶. Pergunta-se, desde logo, se a aplicação do costume pelos órgãos jurisdicionais do Estado não será um requisito da sua validade e eficácia. Tradicionalmente, respondia-se que o costume vale por si. A resposta não é satisfatória: o costume é fonte do Direito na medida em que esteja positivado, isto é, em que corresponda à solução científica de casos, mediante uma aprendizagem adequada e instâncias específicas de aplicação. Um costume informe, observado na sociedade apenas sob a cominação de sanções inorgânicas, equivaleria a uma mera Moral social. Nas sociedades atuais, o “costume” que, sistematicamente, seja ignorado pelos tribunais e outros órgãos de aplicação, não é fonte do Direito.

III. Perante a lei, o costume pode ser *contra legem*, *secundum legem* e *praeter legem*: *contra legem* quando seja contrário à lei; *secundum legem* quando corresponda à lei; *praeter legem* quando estatua numa área que a lei haja deixado por regular.

O costume *contra legem* pode ser puramente passivo ou ativo: no primeiro caso, o costume conduz a que certa lei deixe de se aplicar, por se ter generalizado a opinião de que não vigora; fala-se, então, em desuso; no segundo, além

²⁶ GUSTAV RÜMELIN, *Das Gewohnheitsrecht* cit., 186 ss. e 225 ss.; FRANZ ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen* cit., 70 ss..

de se abdicar da lei, passa-se a uma prática consuetudinária contrária ou diversa da da mensagem legal. Desde sempre, os legisladores lutaram para afastar costumes *contra legem*. Pode mesmo adiantar-se que muitas leis terão surgido para contraditar práticas consuetudinárias: ou não teriam utilidade. Mas o dado não é definitivo: o desuso documenta-se. Há leis que nunca foram revogadas mas que, pelo seu conteúdo, vão perdendo oportunidade, até serem desconsideradas pelos tribunais. Será uma forma menos visível de costume: mas existe.

O costume *secundum legem* é generalizado. As boas leis – e será a maioria – funcionam não só por serem leis, mas sobretudo por corresponderem a práticas habituais, a que todos se sentem obrigados. Normalmente, ninguém saberá apontar concretamente a que lei obedece quando cumpre um contrato, quando usa um imóvel que lhe pertença ou quando pague impostos. Podemos até adiantar que, a assim não ser, a vida em sociedade seria impossível.

O costume *praeter legem* manifesta-se nas áreas onde faltem leis. Ele é muito importante no Direito internacional e no Direito comercial.

4. *O costume na lei e na jurisprudência; os usos*

I. O Código Civil de 1966 não refere o costume entre as fontes do Direito. Menciona os usos (artigo 3.º); mas estes têm sido apontados como uma realidade diversa do costume. O silêncio do Código Civil foi propositado. Logo no início dos trabalhos que conduziram à feitura do Código Civil, a Comissão decidiu “que não se admita o costume como fonte do direito, mantendo-se a orientação atual”²⁷. Explica Vaz Serra²⁸:

Admitir o costume como fonte do direito seria introduzir um elemento de indecisão acerca do direito em vigor. E, ainda que se não equiparasse à lei e só se lhe reconhecesse valor obrigatório na falta dela, é, na ausência da lei que preveja a espécie vertente, mais consentânea com a necessidade de certeza e com a justiça relativa, mandar observar a analogia (...).

O favor de que ainda hoje goza o costume vem-lhe do prestígio da escola histórica, contrária à legislação, e para a qual o espírito do povo é a fonte última de todo o direito.

Mas esta concepção é puramente dogmática e indemonstrável.

²⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil / Alguns factos e comentários*, sep. BFD XXII (1946), 16.

²⁸ *Idem*, 64–65.

Manuel de Andrade reforçou a ideia²⁹; diz:

Devo notar ainda, quanto à matéria deste Capítulo I, que dos textos propostos resulta claramente, embora sem lá estar *apertis verbis*, a exclusão do costume como fonte de Direito. Isso mesmo, aliás, é o que está de acordo com a concepção reinante em Portugal, como também noutros países latinos. Diverso é o caso, como todos sabem, nos países germânicos, onde a mística da chamada escola histórica, acentadamente pró-consuetudinária, perdura vivez, sob formas ou fórmulas um tanto renovadas. Mas não vejo motivo racional – nem tão-pouco clima propício – para se pôr de parte a tendência que está radicada entre nós.

Esta solução, na qual terá pesado a doutrina de Ferrara³⁰, foi criticada em vários planos e, designadamente, por esquecer o Direito internacional, essencialmente consuetudinário e o Ultramar português, ao qual o Código se iria aplicar³¹. Como se vê, prevaleceram critérios político-positivos, dominados pela “certeza” na explicação do Direito.

II. Todavia, encontramos, em diversas leis, previsões que referem o costume. Assim:

– o artigo 348.º/1 do Código Civil, a propósito das provas, determina que compete àquele que invocar direito consuetudinário³²; fazer a prova da sua existência e do seu conteúdo; este preceito equivale ao antigo artigo 517.º/1 do Código de Processo Civil³³, revogado pelo Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967;

²⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de direito / Vigência, interpretação e aplicação da lei*, BMJ 102 (1961), 141-152 (148-149).

³⁰ Ao objetivar o costume, FERRARA retirou-lhe parte do peso próprio, designadamente no confronto com a lei.

³¹ JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Apostilha crítica ao Projecto de Código Civil*, ROA 1966, 5-141 (13 ss.).

³² O preceito em causa pode, literalmente, prestar-se a confusão. Dispõe:

Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; (...)

Semelhante fórmula pode querer dizer que tal prova se reporta ao Direito consuetudinário local e ao Direito consuetudinário estrangeiro ou ao Direito consuetudinário, ao Direito local e ao Direito estrangeiro. O elemento sistemático e o teleológico validam esta última interpretação; de facto, não é apenas o Direito consuetudinário estrangeiro que deve ser provado; a razão desse preceito explica-se seja qual for a fonte do Direito em causa. Em aberto fica o saber-se o que entender por Direito local (nacional); à partida, será o Direito de vigência localizada, que não seja suposto ser conhecido pelo Tribunal.

³³ Esse preceito dispunha:

A parte que funde a sua pretensão sobre direito consuetudinário, local ou estrangeiro, que

- o artigo 1400.º do Código Civil refere os costumes na divisão das águas; no n.º 1, manda que se mantenha a distribuição de águas fruídas em comum, feita segundo um costume seguido há mais de vinte anos; no n.º 2, entende a obrigatoriedade do costume aos co-utentes que não sejam donos da água, sem prejuízo dos direitos do proprietário.

III. O costume tem ainda relevância direta perante a Lei dos Baldios. Dizem-se baldios os terrenos que não têm proprietário e que são aproveitados em comum, normalmente em termos florestais e pecuários, pelos moradores vizinhos. Tais situações existem desde a fundação do Reino, no século XII e têm sobrevivido a séculos de reformas e de tentativas de abolição³⁴. Neste momento, eles são reconhecidos e regulados pela Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro, alterada pela Lei n.º 89/97, de 30 de Julho. Pois bem: no regime aplicável, essa Lei remete, de modo repetido:

- para os usos e costumes: 1.º/3, 5.º/1, 11.º/1, 15.º/1, o) e r), 18.º/1 e 21.º, j) e o);
- para a utilização tradicional: 10.º/3;
- para o reconhecimento usual: 33.º/3 e 7;
- para as regras consuetudinárias: 6.º/1, 18.º/1 e 33.º/6.

IV. No Brasil como na África lusófona, existem e funcionam costumes que asseguram a coesão das comunidades rurais. As leis reconhecem-nos ainda que, seguindo a lição da Constituição de Angola, eles não devam contrariar a Lei Fundamental nem os direitos das pessoas. A essa luz, são de afastar todos os costumes que envolvam mortes ou mutilações humanas³⁵.

No campo internacional, costume é considerado como a principal fonte do Direito³⁶. Cabe, depois, articulá-lo com os tratados³⁷. Cumpre recordar que, na

o tribunal desconheça, deve produzir a prova da existência e do conteúdo da regra invocada; mas o juiz deve oficiosamente servir-se de todos os meios ao alcance do tribunal para obter o respectivo conhecimento, podendo dirigir-se ao Ministério da Justiça.

³⁴ Vide o nosso *Tratado de Direito civil* I/2, § 8.º (89 ss.).

³⁵ Vide AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas de Direito penal numa sociedade multicultural / O chamado infanticídio ritual*, RPCC 1996, 2, 209-232 e *Faz sentido punir o ritual do fanado? / Reflexões sobre a possibilidade da excisão clitoridiana*, RPCC 2006, 2, 187-238, ambos relativos à Guiné.

³⁶ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Direito internacional público*, 3.ª ed. (1993), 155 ss.; CIRO LIPARTITI, *Consuetudine (diritto internazionale)*, NssDI IV (1960), 327-333; FABIO ZICCARDI, *Consuetudine (diritto internazionale)*, ED XI (1961), 476-501.

³⁷ PATRÍCIA GALVÃO TELLES, *The interaction between treaty and custom in international law*, O Direito, 1997, 269-311.

célebre decisão do Tribunal Internacional de Justiça da Haia, de 12 de Abril de 1960, quanto ao direito de passagem para os enclaves do Estado da Índia, na União Indiana, foi aplicado Direito consuetudinário³⁸.

V. O costume tem sido reconhecido pelos nossos tribunais ainda que, por vezes, em situações difíceis de discernir, perante os usos. Assim:

RCb 27-Jan.-2000: fez-se aplicação do artigo 1400.º, reconhecendo um costume na divisão das águas³⁹;

RPt 1-Dez.-2010: relativamente às expressões “chaves na mão”, “construção de estrutura e toscos”, “casa até ao telhado”, “estrutura, alvenaria e massas toscas”, está-se perante costumes da arte ou ofício em que todos confiam⁴⁰.

VI. No domínio comercial, diversos contratos de grande relevo prático alcançaram uma estabilização regulativa, embora não constem da lei. Trata-se dos denominados “tipos sociais”, abaixo referidos⁴¹. Tais contratos são considerados, de um modo geral e entre nós, sujeitos aos usos e não ao costume.

A questão será abordada a propósito dos usos. Adiantamos, de todo o modo, a nossa explicação: em português jurídico, quando se refere um costume pres-supõe-se uma norma imperativa, dotada de jurídica-positividade; o (simples) uso reporta-se a uma regra supletiva, que se aplica quando, para ela, exista uma remissão, legal ou negocial.

5. *A contraprova: a extinção da colónia*

I. Contraprova importante, quanto à natureza imperativa das normas consuetudinárias e às relações daí resultantes com a lei é dada por um instituto vigente no Arquipélago da Madeira: a colónia.

Diz-se colónia – ou contrato de colónia – a situação pela qual uma pessoa (o senhorio) dá, em exploração, um terreno, a outra (o colono), com o fito de o melhorar, realizando benfeitorias. Essas benfeitorias ficam na propriedade do colono, devendo ser pagas pelo dono, se este pretender pôr cobro ao contrato. As benfeitorias eram transmissíveis por via sucessória e podiam ser alienadas, ficando o adquirente na posição de novo colono. Quanto à retribuição, ela con-

³⁸ *Direito de passagem por território indiano*, número especial da Themis, 2004, 82 ss..

³⁹ *RCb 27-Jan.-2000* (NUNO CAMEIRA), Proc. 2941/99.

⁴⁰ *RPt 1-Dez.-2010* (FILIPE CAROÇO), Proc. 2456/08.4.

⁴¹ *Infra*, n.º 11.

siste ou numa percentagem das colheitas ou em parte de determinadas colheitas⁴². A colónia surgiu como um esquema particularmente adequado para promover a exploração da Ilha da Madeira: era necessário construir socacos e levadas para a água, num enorme esforço que só cativaria o colono se lhe fosse reconhecida a propriedade das benfeitorias. Tecnicamente, a colónia surge como um direito real consuetudinário: tem a ver com o aproveitamento de coisas corpóreas. A colónia, enquanto direito real, é oponível a terceiros. Por isso, tem natureza imperativa: não pode ser reconduzida a um simples uso, ao qual a vontade contratual das partes tivesse vindo reconhecer juridicidade.

II. O Código Civil, no seu artigo 1306.º/1, veio proibir a constituição, com carácter real, de limitações ao direito de propriedade. A colónia era atingida. Procurando resolver dúvidas, o Decreto-Lei n.º 47 937, de 15 de Setembro de 1967, veio proibir, para o futuro, os contratos de colónia: os que se realizarem com esse nome seriam havidos como arrendamentos. Dispunha o artigo 1.º/2, desse diploma:

Os contratos de colónia celebrados até à entrada em vigor deste decreto-lei subsistem na forma convencionada e do direito costumeiro e usos locais; são-lhes, porém, aplicáveis, imperativamente, as disposições dos artigos seguintes.

As disposições subsequentes oficializavam a propriedade das benfeitorias na esfera do colono, sujeitando-as a registo; fixavam preferências recíprocas; davam, ao colono, um direito de retenção sobre as mesmas; asseguravam uma indemnização, no caso de cessação.

III. A Constituição de 1976 veio, no seu artigo 101.º/2, dispor:

Serão extintos os regimes de aforamento e colónia e criadas condições aos cultivadores para a efetiva abolição do regime de parceria agrícola.

⁴² PEDRO PITTA, *O contrato de “colónia” na Madeira* (1929), correspondente a uma comunicação feita à Academia das Ciências de Lisboa, 84 pp., 11 ss.; RAMON HONORATO CORREA RODRIGUES, *Questões económicas – I – À margem da colónia na Madeira / produção, divisão da propriedade, nível de vida da população rural e agrícola* (1953), 149 pp., 25 ss., afirmando que a colónia foi o fator mais importante do desenvolvimento e engrandecimento da Madeira; MANUEL SOARES DA ROCHA, “*A colónia no Arquipélago da Madeira e a questão que gerou*” (1957), 105 pp.; um apanhado resumido pode ser confrontado em JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A tipicidade dos direitos reais* (1968), 227-232. Tem um especial interesse a leitura do preâmbulo do Decreto Regional n.º 13/77/M, de 18 de Outubro – DR I Série, n.º 241, de 18-Out.-1977, 2511-2512.

Essa proibição manteve-se nas revisões constitucionais subsequentes, constando hoje do artigo 96.º/2⁴³. Porquê? A razão é ideológica. Se a colónia implicava um desequilíbrio, cabia à lei corrigir. Parece todavia claro que, sem o incentivo da propriedade, as benfeitorias não serão feitas; e o senhorio, não querendo vender, ou conserva a terra inculta ou dá-a em aproveitamentos precários, que nunca darão azo às impressionantes realizações que, ainda hoje, se veem na Madeira. Considerações paralelas poderiam ser feitas quanto à enfiteuse.

Como lhe competia, o legislador ordinário veio dar execução à regra constitucional. A Lei n.º 77/77, de 29 de Setembro, que adotou as bases gerais da reforma agrária, dispôs no seu artigo 55.º:

1. São extintos os contratos de colónia existentes na Região Autónoma da Madeira, passando as situações daí decorrentes a reger-se pelas disposições do arrendamento rural e por legislação estabelecida em decreto da Assembleia Regional.
2. O Governo apoiará as iniciativas dos órgãos de governo da Região da Madeira, integradas nos princípios norteadores da Reforma Agrária, para a resolução das situações decorrentes da extinção da colónia.

E de facto, duas semanas volvidas, o Decreto Regional n.º 13/77/M, de 18 de Outubro, veio extinguir a colónia. *Grosso modo*, isso fez-se:

- dando ao colono o direito de remir a propriedade do solo onde possuía benfeitorias (3.º/1);
- exceto se o senhorio for pobre (5.º/1) ou tiver habitação própria no local, no tocante ao logradouro (6.º/1);
- sendo o senhorio indemnizado (7.º);
- em alternativa, não querendo o colono exercer o seu direito, cabe ao senhorio a remição das benfeitorias, em certas condições (8.º);
- ressalvando-se a habitação do colono (9.º);
- e dando a este uma indemnização (10.º).

IV. A proibição da velha colónia consuetudinária deu origem a um imenso contencioso, com elevada litigiosidade. Houve que criar serviços públicos e um Fundo Especial para a Extinção da Colónia⁴⁴. A indemnização foi objeto de Lei

⁴³ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1, 4.ª ed. (2007), 1063-1064; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II (2006), 177.

⁴⁴ Vide o Decreto Regulamentar Regional n.º 15/99/M, de 30 de Novembro.

da Assembleia da República: a Lei n.º 62/91, de 13 de Agosto. Surgiram centenas de decisões judiciais, incluindo acórdãos de uniformização⁴⁵, decisões de “cristalização” do existente⁴⁶ e declarações sectoriais de inconstitucionalidade com força obrigatória geral⁴⁷, numa agitação que se prolonga décadas após a extinção de 1977⁴⁸. Tudo isso para efetivar uma proibição que data do Código Civil.

Não se tratou, pois, de pôr cobro a um uso: fácil teria sido impedir as atuações em que ele se traduzisse. Havia, sim, um verdadeiro instituto consuetudinário.

II – Os usos

6. *Noção; o artigo 3.º do Código Civil*

I. Diz-se uso, na noção habitual, uma prática social reiterada, independentemente da convicção da obrigatoriedade. Esta, caso exista, não é tida em conta, quando se refira o (mero) uso.

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

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

No anteprojeto de Manuel de Andrade, o mesmo n.º 1 era expresso em termos de maior elegância⁴⁹:

Os usos não contrários à boa fé têm relevância jurídica quando assim esteja determinado na lei.

⁴⁵ STJ 22-Nov.-1995 (TORRES PAULO), Proc. 080682.

⁴⁶ STJ 4-Jul.-1996 (SOUSA INÊS), Proc. 96B157: os direitos reais envolvidos não mais poderiam ser transmitidos *inter vivos*, com grande prejuízo para os titulares envolvidos.

⁴⁷ TC n.º 62/91, de 13 de Março (SOUSA E BRITO), DR I Série-A, n.º 91 de 19-Abr.-1991, 2245-2247; temos nota de, pelo menos, onze acórdãos do Tribunal Constitucional sobre colónia.

⁴⁸ STJ 22-Fev.-2005 (REIS FIGUEIRA), CJ/Supremo XIII (2005) 1, 88-90; STJ 24-Jun.-2010 (ORLANDO AFONSO), Proc. 592/03.

⁴⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de direito cit.*, 142.

Não foi feliz o “revisor ministerial”, ao mutilar a fórmula de Manuel de Andrade. Além da inelegância “forem”/”são”, substituiu “boa-fé” por “princípios da boa-fé” e isso quando a boa-fé equivale, por si, a um princípio; e trocou “têm relevância jurídica” por “são juridicamente atendíveis”: fica-se sem saber do que poderá depender tal “atendibilidade”, depois de haver, para eles, uma remissão legal.

II. A fonte inspiradora de Manuel de Andrade foi o artigo 8.º das disposições preliminares do Código Civil italiano⁵⁰. Sob a epígrafe “usos”, dispõe esse preceito:

1. Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos, os usos só têm eficácia quando sejam reclamados por eles.
2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos, ainda que reclamados pelas leis e pelos regulamentos, salvo se dispuserem diversamente.

Recorde-se que, segundo o artigo 1.º, os usos surgiam, entre as fontes, em quarto e último lugar (depois das leis, dos regulamentos e das normas corporativas). O artigo 9.º admitia usos publicados em recolhas oficiais de entes e de órgãos para tanto autorizados: presumir-se-ia a sua existência, até prova em contrário.

III. Ao elaborar o seu anteprojeto, Manuel de Andrade acolheu as ideias de que os usos só valeriam quando a lei para eles remetesse e de que eles cedem perante as normas corporativas. Quanto à boa-fé: esse Autor reconhece que se inspirou em Enneccerus/Nipperdey⁵¹ e, logo, no Direito alemão⁵².

Este aspeto, pela sua importância, merece ser aprofundado. Enneccerus/Nipperdey⁵³, relativamente aos usos e às práticas do comércio (*Verkehrssitte* e

⁵⁰ Na literatura italiana, avultam os escritos de CAJO ENRICO BALOSSINI, *Il diritto delle consuetudine e degli usi* (1974), 362 pp. e *Usi (Teoria degli)*, NssDI XX (1975), 200-209.

⁵¹ *Idem*, 148.

⁵² No Direito alemão, a boa-fé surge ligada aos usos por razões históricas: ao longo do século XIX, os tribunais comerciais alemães depararam com um comércio em forte expansão, mas sem qualquer lei comercial moderna para aplicar; usaram, além do *corpus iuris civilis*, de manuseio sempre complicado, a ideia de boa-fé, na sua vertente de respeito pela confiança e pela materialidade das situações e os usos, desde que conformes com a boa-fé.

⁵³ LUDWIG ENNECCERUS/HANS CARL NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1, 15.ª ed. (1959), § 41, II (272); MANUEL DE ANDRADE trabalhou com uma edição anterior, idêntica, neste ponto, à última edição, aqui citada.

Handelsbräuche). Segundo esses Autores, os usos, quando concordes com a boa fé, seriam aplicáveis nas hipóteses seguintes:

- (a) na interpretação dos negócios jurídicos; de facto, o § 157 do BGB determina que os contratos sejam interpretados segundo a exigência da boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico;
- (b) sempre que, para eles, as partes remetam;
- (c) no âmbito do § 242, do BGB: o devedor fica obrigado a efetivar a prestação como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico;
- (d) quando a lei especificamente para eles apele.

Manuel de Andrade restringiu, no seu anteprojeto, a relevância dos usos à quarta situação de Enneccerus/Nipperdey. Mas acrescentou⁵⁴:

Resta advertir que nos lugares próprios deve considerar-se a relevância dos usos no tocante à interpretação dos contratos (ou outros negócios de natureza patrimonial), à execução de quaisquer prestações devidas, e ainda que as partes podem remeter para eles, de modo expresso ou tácito, quando estipulem sobre matérias não subtraídas à sua disponibilidade.

O legislador, particularmente Antunes Varela, não considerou esta recomendação. O Código não se refere aos usos em matéria de interpretação (236.º a 238.º) ou de integração de negócios (239.º), nem no tocante à execução das obrigações (762.º/2). Tão-pouco se lhes reporta como hipótese de remissão das partes. Foi pena.

IV. Como se vê, o Código Civil, na versão final, restringiu em extremo o papel dos usos. Recorreu, em simultâneo, aos modelos italiano e alemão para multiplicar as restrições. E ainda aí, delimitou as hipóteses de relevância.

Subjacente está uma evidente desconfiança, em relação aos usos. Além disso, manifesta-se a não-sensibilidade dos seus ilustres Autores ao Direito privado, no seu todo, designadamente ao Direito comercial.

7. Elementos e natureza; confronto com o costume

I. Como foi adiantado, o uso traduz-se numa prática social reiterada. Temos, como elementos:

⁵⁴ MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de direito cit.*, 148, de novo referindo ENNECCERUS/NIPPERDEY.

- a atuação social; tal atuação deve ter uma extensão mínima, sendo adotada por diversos membros da comunidade: condutas isoladas ou restritas não dão corpo a usos;
- a atuação repetida: só o reiterar da conduta permite identificar um uso;
- uma certa antiguidade: a própria repetição implica estabilidade nas condutas.

II. A reflexão sobre os usos juridicamente relevantes – e como abaixo veremos, eles são numerosos, nas áreas comerciais e bancárias – permite apurar um outro requisito: a sua patrimonialidade. Por certo haverá usos não patrimoniais (por exemplo, nos casamentos, a noiva vai vestida de branco e, nos funerais, os homens levam gravata preta): mas tais usos não são juridicamente relevantes. Em compensação, os usos relativos a contratos internacionais de transportes (*incoterms*) e de compra e venda (*trade terms*, como exemplos) e os usos bancários (contrato de abertura de conta, como exemplo), têm natureza comercial e, logo, patrimonial.

Em compensação, o requisito da espontaneidade levanta dúvidas. Num primeiro momento (o do proto-uso), haverá espontaneidade, seja na criação seja, pelo menos, na adoção. Mas desde o momento em que o uso se generalize e, para ele, apontem ou a lei ou a jurisprudência, perde-se esse fator.

III. O confronto habitual entre o costume e os usos explica que o primeiro tem, em si próprio, o fundamento da jurídica-positividade. Seja pela *opinio iuris vel necessitatis*, seja pela especial matéria que sobre ele recaia, seja pelo fenômeno da positividade, o costume tem uma capacidade de auto-afirmação que falece ao uso.

Daí resulta um ponto prático decisivo, já adiantado: quando se aplique um costume lida-se com uma norma imperativa. O recurso ao uso traduz uma simples norma supletiva: funciona quando as partes para ela remetam ou, pelo menos, quando não a afastem.

8. Os usos do Código Civil; os usos como *estalões* (standards)

I. A dogmática dos usos implica o levantamento dos lugares civis que se lhes reportam. Assim:

artigo 3.º: valor jurídico dos usos;

artigo 234.º: a declaração de aceitação é dispensável, designadamente, por via dos usos;

- artigo 560.º/3*: as restrições relativas ao anatocismo não são aplicáveis se forem contrárias a regras ou usos particulares do comércio;
- artigo 763.º/1*: a prestação deve ser realizada integralmente e não por partes, exceto se outro for o regime convencionado ou imposto por lei ou pelos usos;
- artigo 777.º/2*: quando seja necessária a fixação de um prazo para o cumprimento, quer pela natureza da prestação, quer pelas circunstâncias, quer pela força dos usos e as partes não acordarem, a fixação é deferida ao tribunal;
- artigo 885.º/2*: se, por estipulação das partes ou por força dos usos, o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento será efetuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo da entrega;
- artigo 919.º*: na venda sob amostra, o devedor assegura a existência, na coisa vendida, de qualidades iguais às da amostra, salvo se da convenção ou dos usos resultar que esta serve somente para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto;
- artigo 920.º*: ficam ressalvadas as leis especiais ou, na falta destas, os usos sobre a venda de animais defeituosos;
- artigo 921.º/1*: o vendedor pode ficar obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida;
- artigo 921.º/2*: no silêncio do contrato, o prazo da garantia de bom funcionamento expira seis meses após a entrega da coisa, se os usos não estabelecerem prazo maior;
- artigo 924.º/3*: na venda a contento, o vendedor pode fixar um prazo razoável para a resolução, se nenhum for estabelecido pelo contrato ou, no silêncio dele, pelos usos;
- artigo 925.º/2*: na venda sujeita a prova, esta deve ser feita dentro do prazo e segundo a modalidade estabelecida pelo contrato ou pelos usos; se tanto o contrato como os usos forem omissos, observar-se-ão o prazo fixado pelo vendedor e a modalidade escolhida pelo comprador, desde que sejam razoáveis;
- artigo 937.º*: na venda sobre documentos, a entrega da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e de outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos;
- artigo 940.º/2*: não há doação na renúncia a direitos ou no repúdio de herança ou legado, nem tão-pouco nos donativos conformes aos usos sociais;
- artigo 1037.º/1*: não obstante convenção em contrário, o locador não pode praticar atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com exceção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso, mas não tem obrigação de assegurar esse prazo contra atos de terceiro;
- artigo 1039.º/1*: o pagamento da renda ou aluguer deve ser efetuado no último dia de vigência do contrato ou do período a que respeita, e no domicílio do locatário à data do vencimento, se as partes ou os usos não fixarem outro regime;
- artigo 1122.º/1*: quanto à parceria pecuária, na falta de convenção quanto a prazo, atender-se-á aos usos da terra; na falta de usos, qualquer dos contraentes pode, a todo o tempo, fazer caducar a parceria;

- artigo 1128.*º: ainda quanto à parceria pecuária, no que não estiver estabelecido nos artigos precedentes devem ser observados, na falta de convenção, os usos da terra;
- artigo 1158.*º/2: se o mandato for oneroso, a medida da retribuição, não havendo ajuste entre as partes, é determinada pelas tarifas profissionais; na falta destas, pelos usos; e, na falta de umas e outros, por juízos de equidade;
- artigo 1163.*º: quanto à aprovação tácita do mandato: tem-se por verificada no silêncio do mandante, por tempo superior àquele em que teria de pronunciar-se, segundo os usos ou, na falta destes, de acordo com a natureza do assunto;
- artigo 1167.*º: o mandante é obrigado (b) a pagar ao mandatário a retribuição que ao caso competir e fazer-lhe provisão por conta dela, segundo os usos;
- artigo 1323.*º/1: no tocante a animais e coisas móveis perdidas, observam-se, além de outras regras, os usos da terra, sempre que os haja;
- artigo 1682.*º/4: quanto à alienação ou oneração de móveis, pelos cônjuges, não há imputação na meação quando se trate de donativo conforme aos usos sociais;
- artigo 1718.*º: o regime de bens do casamento não pode ser fixado, no todo ou em parte, por simples remissão genérica para uma lei estrangeira, para um preceito revogado, ou para usos e costumes locais;
- artigo 2110.*º/2: não estão sujeitas a colação as despesas com o casamento, alimentos, estabelecimento e colocação dos descendentes, na medida em que se harmonizem com os usos e com a condição social e económica do falecido;
- artigo 2326.*º: se o testador não especificar as atribuições do testamenteiro, competirá a este (a) cuidar do funeral do testador e pagar as despesas e sufrágios respetivos, conforme o que for estabelecido no testamento ou, se nada se estabelecer, consoante os usos da terra.

Na versão original, o Código Civil referia ainda, no artigo 1066.º/3, os usos locais, quanto à não renovação do arrendamento rural, no artigo 1087.º, os usos quanto ao prazo para o arrendamento feito ao cultivador direto e no artigo 1667.º/1, os usos e a condição dos cônjuges, quanto ao governo doméstico entregue à mulher.

O atual regime do arrendamento rural, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 294/2009, de 13 de Outubro, não refere os usos. Quanto ao governo doméstico entregue à mulher: foi suprimido pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

II. Como se vê, os usos são objeto de remissão, pelo Código Civil, em oito grupos de situações:

- na da conclusão do contrato, quanto à dispensa de aceitação (234.º);

- nas obrigações em geral, quanto ao anatocismo (560.º/3) e à realização da prestação (763.º/1 e 777.º/2);
- na compra e venda, designadamente nas modalidades mais marcadamente comerciais (885.º/2, 919.º, 920.º, 921.º/1, 922.º/2, 924.º/2, 925.º/2, 937.º);
- na locação, de forma moderada (1037.º/1 e 1039.º/1);
- na parceria pecuária, contrato de tipo agrário (1122.º/1 e 1128.º);
- no mandato, particularmente nas vertentes comerciais (1158.º/2, 1163.º e 1167.º);
- no achamento (1323.º/1);
- no campo das doações, da família e das sucessões, designadamente no que tange a donativos e certas despesas: 940.º/2, 1682.º/1, 2110.º/2 e 2326.º.

Temos, ainda, a proibição de remeter para os usos, no artigo 1682.º/4.

III. Em termos práticos, a área que mais atenção tem merecido, aos tribunais, é a do anatocismo (juros de juros). A existência de um uso bancário que permita o funcionamento alargado do anatocismo é afirmado por vária jurisprudência: STJ 14-Mar.-1990⁵⁵, RLx 7-Jul-1993⁵⁶ e RLx 31-Out.-1996⁵⁷. REv 9-Jul.-1996 admite esse uso em geral, mas considera que ele não se coaduna com a atividade das cooperativas⁵⁸. Diogo Leite de Campos contesta a existência de tal uso⁵⁹. Outra jurisprudência reconhece o desfavor civil relativamente ao anatocismo (STJ 14-Fev.-1995⁶⁰), requer que ele seja invocado e provado em cada caso⁶¹ ou refere, em geral apenas, a sua possibilidade (STJ 8-Mar.-2003⁶²).

Nos termos gerais (348.º), quem invocar a existência de um uso deve prová-lo. O tema do anatocismo veio perder acutilância judicial porque passou a ser contemplado nas cláusulas dos contratos bancários. Ele é ainda objeto de um especial esclarecimento, ao consumidor. O controlo pelo sistema (a “boa-fé” do artigo 3.º/1) deve ser efetivo, particularmente na área em jogo.

⁵⁵ STJ 14-Mar.-1990 (BARROS SEQUEIRA), BMJ 395 (1990), 556-560 (558).

⁵⁶ RLx 7-Jul-1993 (CRUZ BROCO), CJ XVIII (1993) 3, 151-152 (151).

⁵⁷ RLx 31-Out.-1996 (SILVA SALAZAR), CJ XXI (1996) 4, 147-149 (149/I).

⁵⁸ REv 9-Jul.-1996 (MOTA MIRANDA), CJ XXI (1996) 4, 278-280 (279/I).

⁵⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Anatocismo / Regras e usos particulares do comércio*, ROA 1988, 37-62 (61).

⁶⁰ STJ 14-Fev.-1995 (CARDONA FERREIRA), CJ/Supremo III (1995) 1, 82-84 (84).

⁶¹ RPt 16-Mar.-1998 (GONÇALVES FERREIRA), CJ XXIII (1998) 2, 206-208 (208/I).

⁶² STJ 8-Mar.-2003 (EZAGÜY MARTINS), CJ/Supremo IX (2003) 2, 34-38 (37/I).

IV. Os usos podem também ter um papel significativo no tocante à concretização de certos conceitos indeterminados. Por exemplo: a remissão do artigo 487.º/2 para o bom pai de família, na determinação da culpa, e na base da qual se pode extrapolar um critério de diligência, em geral⁶³. Fixar, em setores específicos, qual o grau de diligência exigível pode implicar o conhecimento das “práticas” ou das “boas práticas”, na área em causa. Estamos perante um elemento no qual os usos podem ser úteis⁶⁴, falando-se, ainda, em estalões (*standards*)⁶⁵. Estes funcionam como fontes mediatas, no sentido de atuarem no âmbito da concretização de tais conceitos, fontes primárias⁶⁶.

Finalmente: os usos podem ter um papel no pré-entendimento do juiz e interferir, nessa medida, em toda a sequência de realização do Direito. O controlo desse processo implica, deste modo, a sensibilização da Ciência do Direito para os usos.

9. Os usos nos contratos internacionais

I. O Direito comercial moderno surgiu, em parte, por via dos usos e práticas comerciais das cidades italianas e hanseáticas, na Idade Média⁶⁷. Figuras como a letra de câmbio ou o cheque eram praticadas muito antes de terem sido acolhidas nas leis. Seria costume? Normalmente, fala-se em usos: só se lhes sujeitavam as pessoas que pretendessem comerciar em certas praças. Digamos que os usos comerciais não eram intrinsecamente imperativos: estavam à disposição de quem pretendesse beneficiar do respetivo regime.

II. Mais tarde, vieram a surgir as grandes codificações de Direito comercial, ao longo do século XIX. Mas tais codificações depressa foram dobradas por novas práticas comerciais, num movimento que se intensificou ao longo do século XX, à medida que os códigos envelheciam.

Os usos comerciais estão na origem dos diversos contratos que preenchem o essencial da vida económica: a banca, os seguros e os transportes. Muitos usos

⁶³ *Tratado* II/1, 450 e 452 ss.; existem lugares paralelos, aí referidos.

⁶⁴ KUNTZE-KAUFHOLD, *Legal best Practices: von der tatsächlichen zur guten Übung in der Rechtsanwendung*, ARSP 95 (2009), 102-119.

⁶⁵ *Vide* a obra coletiva publicada por THOMAS M. J. MÖLLERS, *Geltung und Faktizität von Standards* (2009), 293 pp., com escritos de onze autores.

⁶⁶ THOMAS M. J. MÖLLERS, *Standards als sekundäre Rechtsquellen / Ein Beitrag zur Bindungswirkung von Standards*, *idem* (2009), 143-171.

⁶⁷ *Vide* o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed. (2007), 46 ss..

têm sido absorvidos pela lei: o legislador aproveita-os, normaliza-os e promulga-os com o selo da própria autoridade. Mas alguns subsistem, fora do alcance atual do legislador, designadamente nos contratos internacionais, onde operam como cláusulas típicas.

Assim, particularmente no setor dos transportes, foi-se tornando habitual a utilização de cláusulas típicas, expressas pelas siglas respetivas em inglês. Pense-se, por exemplo, nas cláusulas FOB (*free in board*) ou CIF (*cost, insurance and freight*). A lista de siglas em uso foi-se alongando, com inevitáveis flutuações. Para evitar os inconvenientes daí resultantes, a Câmara de Comércio Internacional, de Paris⁶⁸, procurou interpretar as cláusulas em uso, consolidando-as. Assim surgiram os *incoterms*: de *international commercial terms*⁶⁹. Foram publicadas versões sucessivamente mais aperfeiçoadas: a primeira data de 1936, seguindo-se versões de 1953, de 1980, de 1990, de 2000 e de 2010⁷⁰. Como se vê, a tendência é a de uma revisão de dez em dez anos⁷¹.

III. Além dos *incoterms*, cumpre ainda referir os *trade terms*⁷². Trata-se de cláusulas usualmente presentes em contratos internacionais, particularmente de compra e venda, mas que têm uma especial presença nos contratos de transporte, mesmo internos. Uma primeira versão normalizada foi publicada, em 1923, pela Câmara de Comércio Internacional, sendo a última versão de 1953⁷³. Não têm a solidez dos *incoterms 2010*; além disso, verifica-se a existência de diversas versões, algumas de proveniência norte-americana⁷⁴. Correspondem, tecnicamente, a cláusulas contratuais gerais, que devem ser comunicadas e esclarecidas por quem as proponha à adesão de outrem, nos termos gerais. Mas não foram inventados por nenhum utilizador: advêm do uso.

IV. Damos, de seguida, alguns exemplos de *trade terms* que têm surgido – e sido aplicados – nos nossos tribunais:

⁶⁸ www.iccwbo.org/

⁶⁹ BAUMBACH/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 32.^a ed. (2006), anexo 6 (1557 ss.) e DIETER MARTINY, *Internationale Formulare*, em REITMANN/MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 6.^a ed. (2006), 602 ss.. Entre nós: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito comercial internacional* (2005), 325 ss..

⁷⁰ Com indicações, VERENA KLAPPSTEIN, em THOMAS HEIDEL/ALEXANDER SCHALL, *HGB / Handkommentar* (2011), § 346, Nr. 69 ss. (2177 ss.).

⁷¹ Vide uma lista de *incoterms*, no nosso *Manual de Direito comercial*, 2.^a ed. cit., 704 ss..

⁷² CLAU-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 24.^a ed. (2006), 343.

⁷³ BAUMBACH/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 32.^a ed. cit., 1558 ss. e MARTINY, *Internationale Formulare* cit., 604 ss.. Vide KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar / HGBV* (2003), § 346, Nr. 61 ss. (63 ss.).

⁷⁴ Diversos “dicionários” de *trade terms* podem ser confrontados na *net*.

CAD (*cash against documents*): o comprador só pode receber a mercadoria depois de comprovado o pagamento do preço faturado⁷⁵;

COD (*cash on delivery* ou *collect on delivery*): o comprador deve pagar no ato de entrega da mercadoria; a cláusula não se mostra cumprida se o transportador se limitar a aceitar um (mero) cheque⁷⁶;

FCL (*full container load*): tratando-se do transporte de um contentor selado, compete ao interessado provar que o desaparecimento da carga se deu durante o transporte.

Toda esta área exige uma especialização crescente.

10. O *novo ius mercatorum*

I. O comércio põe em contacto agentes de todo o Mundo: floresce, a nível internacional. Como atividade humana, o comércio internacional carece de regras. Na Idade Média, ele seria universal: além do próprio Direito civil que, assente no Direito canónico e na receção do Direito romano, não conheceu fronteiras dentro do Ocidente, as próprias práticas comerciais se assemelhavam: era o *ius mercatorum*⁷⁷.

Esse *ius mercatorum*, ainda que gerado por usos e hábitos de praças distintas, tenderia a aproximar-se. Dizia Lord Mansfield, em 1757:

A lei mercantil, a tal propósito, é a mesma em todo o Mundo. Partindo das mesmas premissas, as conclusões das mesmas razão e justiça devem ser universalmente idênticas⁷⁸.

Tal unidade perdeu-se com as codificações dos Estados territoriais dos séculos XVII a XIX⁷⁹. A partir daí, passou a haver uma tradição europeia bipolar, quanto ao Direito comercial: nacionalista e universalista⁸⁰.

⁷⁵ STJ 8-Jul.-2003 (FERNANDO ARAÚJO DE BARROS), CJ/Supremo XI (2003) 2, 147-151 (149/II).

⁷⁶ RPt 2-Jul.1996 (GONÇALVES VILAR), BMJ 459 (1996), 604 e RPt 15-Jan.-2002 (MÁRIO CRUZ), CJ XXVII (2002) 1, 184-186 (185/I): cheque esse que – já se vê – nem tinha provisão.

⁷⁷ Vide RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition* (1994), 56 ss. e URSULA STEIN, *Lex mercatoria: Realität und Theorie* (1995), 4.

⁷⁸ Citado em CLIVE M. SCHMITTHOFF, *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ* 28 (1964), 47-77 (47, nota 1).

⁷⁹ CLIVE M. SCHMITTHOFF, *Das neue Recht* cit., 49 e RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria* cit., 69 ss..

⁸⁰ RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria* cit., 19.

II. As necessidades do comércio internacional não podiam ceder perante um nacionalismo radical. Na base de uma nova concertação podemos apontar a ideia de Savigny de uma comunidade de Direito internacional, constituída por Estados soberanos⁸¹, cujas ordens jurídicas se reconhecessem mutuamente. Tal esquema está na base do Direito internacional privado.

Mas havia que ir mais longe: os esquemas das normas de conflitos são complicados e não dão – ou não dão sempre – satisfação à celeridade e à segurança requeridas pelo comércio internacional.

III. Em 1929, o jurista alemão Grossmann-Doerth suscitou a hipótese de, no comércio internacional, funcionar um conjunto de costumes, de formulários de empresas e de condições preconizadas por associações de comércio, que se aplicariam diretamente a situações comerciais internacionais⁸².

A ideia foi retomada nos anos 60 e 70 do século XX. Em detrimento do Direito internacional privado, apresentar-se-iam regras comerciais de tipo material, suscetíveis de resolver problemas⁸³. Esse conjunto, assente nos usos comerciais internacionais⁸⁴, em convenções, em leis-modelos ou no Direito consuetudinário⁸⁵ e no princípio *pacta sunt servanda*⁸⁶, assumiria uma natureza de corpo, um tanto à semelhança do antigo *ius commune*⁸⁷. O papel da boa fé seria, nesse domínio, de grande importância⁸⁸.

IV. A ideia é aliciante. Entre nós, ela obteve importantes contributos de Marques dos Santos⁸⁹ e de Lima Pinheiro⁹⁰. Contudo, não tem sido possível

⁸¹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 (1842), 15 ss..

⁸² HANS GROSSMANN-DOERTH, *Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels*, JW 1929, 3447-3451 (3448).

⁸³ URSULA STEIN, *Lex Mercatoria* cit., 13 e 19.

⁸⁴ KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, *Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren*, FS Beitzke (1979), 443-458 (456 ss.).

⁸⁵ FRITZ FABRICIUS, *Internationales Handelsrecht und Weltfrieden – Eine Bestandsaufnahme*, FS Schmitthoff (1973), 100-144 (141).

⁸⁶ ALEKSANDAR GOLDSTAJN, *The New Law Merchant reconsidered*, FS Schmitthoff (1973), 172-185 (179); vide o próprio SCHMITTHOFF, *Das neue Recht des Welthandels* cit., 59 e MICHAEL JOACHIM BONELL, *Das autonome Recht des Welthandels – Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, RabelsZ 42 (1978), 485-506 (486-487).

⁸⁷ BONELL, *Das autonome Recht des Welthandels* cit., 496.

⁸⁸ Além da já citada monografia de RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria*, cabe referir HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz?*, FS Odersky (1996), 703-721.

⁸⁹ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado/Esboço de uma teoria geral*, 1 (1990), 656-690.

proceder a uma dogmatização unitária. Aparentemente, surgem duas linhas: uma orientação puramente empírico-descritiva das relações de comércio internacionais e uma orientação que procura construir uma ordem mercantil independente dos Estados⁹¹.

A simples discussão sobre a eventual existência da *lex mercatoria* induz uma fragilidade de raiz⁹². Muitas vezes, ela é referida a propósito das arbitragens internacionais; todavia, só raramente a *lex mercatoria* ocorre nas decisões da CCI⁹³. Apesar de tudo, as partes preferirão remeter para uma das leis em presença – ou para um regulamento preciso – em vez de tudo deixar cair numa fórmula pouco explícita.

De todo o modo, a *lex mercatoria* fica-nos como um potencial motivo de normas materiais de comércio, assente nos usos e capaz de, no limite, reger o tráfego internacional⁹⁴.

11. Os usos internos; os tipos sociais e os usos bancários

I. No plano interno, há igualmente usos comerciais importantes. Os mais significativos dão lugar aos tipos sociais de contratos.

Diz-se contrato típico aquele cujas cláusulas nucleares constam da lei⁹⁵. As partes não são, em regra, obrigadas a observá-las: trata-se de esquemas legais disponíveis: as partes podem desviar-se deles, estipulando as cláusulas que, em concreto, mais lhes convenham.

Apesar de meramente supletivos, os tipos legais de contratos têm um duplo interesse:

- representam, no termo de longa evolução histórica, tendencialmente, as soluções mais justas e equilibradas;
- dispensam as partes, quando queiram contratar, de (re)elaborar todo um complexo articulado.

Tipos legais de contratos são os constantes do Código Civil: dezasseis, desde a compra e venda à transação (artigos 874.º a 1250.º). São ainda tipos contra-

⁹⁰ LUÍS LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (joint-venture) em Direito internacional privado* (1998), 605 ss..

⁹¹ URSULA STEIN, *Lex Mercatoria* cit., 179 ss. e 200 ss. (o resumo).

⁹² HANS-JOACHIM MERTENS, *Das lex mercatoria-Problem*, FS Odersky (1996), 857-872 (857).

⁹³ URSULA STEIN, *Lex Mercatoria* cit., 5, nota 22.

⁹⁴ MERTENS, *Das lex mercatoria-Problem* cit., 864.

⁹⁵ Com elementos: vide o nosso *Tratado de Direito civil II – Direito das obrigações*, 2 (2010), 191 ss..

tuais legais outras figuras constantes do Código Comercial e de diversos diplomas avulsos.

II. Ao lado dos tipos contratuais legais, temos tipos sociais: encadeamentos de cláusulas habitualmente praticadas em determinados setores, muitas vezes dotados de designação própria e que, mau grado a não-formalização em lei, traduzem composições equilibradas e experimentadas. Tipos sociais muito importantes são, por exemplo, os contratos de abertura de conta (bancária)⁹⁶ e de concessão comercial⁹⁷. O tipo social, mau grado a falta do selo oficial, pode funcionar em moldes paralelos aos do tipo legal: também ele evita, às partes, o terem de se repetir em lugares comuns, ao mesmo tempo que afeiçoa as soluções historicamente mais equilibradas.

Noutros ordenamentos, como no alemão, os tipos sociais dão azo a regras consideradas consuetudinárias⁹⁸. Entre nós, a lesteza do legislador, que tudo regula com prontidão, confere pouca margem aos tipos sociais: transforma-os em legais, como sucedeu com a locação financeira e com a cessão financeira. Verifica-se, ainda, que os tipos sociais são, com frequência, alvo de pequenas codificações, feitas em cláusulas contratuais gerais. Haverá, então, que proceder ao seu controlo material, através da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

III. O artigo 3.º/1 do Código Civil dá relevância aos usos quando, para eles, a lei remeta. No Direito bancário português existe uma remissão geral para os usos⁹⁹.

Segundo o artigo 407.º do Código Comercial,

Os depósitos feitos em bancos ou sociedades reger-se-ão pelos respetivos estatutos em tudo quanto não se achar prevenido neste capítulo e mais disposições legais aplicáveis.

A referência a “estatutos” reporta-se, na realidade, aos “usos”¹⁰⁰. “Estatutos” corresponde à expressão usada no artigo 310.º do Código de Comércio Espa-

⁹⁶ Vide o nosso *Manual de Direito bancário*, 4.ª ed. (2010), 505 ss..

⁹⁷ Vide o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed. cit., 673 ss..

⁹⁸ É o que sucede com os contratos de locação financeira (*leasing*) e de cessão financeira (*factoring*).

⁹⁹ Quanto aos usos como fonte do Direito bancário, vide o *Manual de Direito bancário*, 4.ª ed. cit., n.º 57 (191 ss.).

¹⁰⁰ Assim: STJ 26-Jun.-1980 (RODRIGUES BASTOS), BMJ 298 (1980), 354-357 (356), STJ 8-Mai.-1984 (MOREIRA DA SILVA), BMJ 337 (1984), 377-384 (382), REv 9-Nov.-1989 (RAÚL MATEUS), CJ XIV (1989) 5, 258-261 (259, 2.ª col.) e RCB 29-Out.-1991 (COSTA MARQUES), CJ XVI (1991) 4, 122-124 (123, 1.ª col.).

nhol, fonte do citado artigo 407.º. No preceito espanhol, eles designam os usos. Como “estatutos”, em sentido português, nem fariam sentido: o banqueiro individual não tem estatutos enquanto os das sociedades não se ocupam dos depósitos, como é evidente¹⁰¹.

Temos, pois, um preceito que, no tocante ao depósito bancário, remete para os usos. O depósito bancário surge, muitas vezes, integrado em séries negociais complexas, que incluem, como exemplos, a abertura de conta, a convenção de cheque, a concessão de determinados créditos e, ainda, a prestação de certos serviços. Podemos admitir a vigência, *ex lege*, de usos que abarquem todo esse negócio complexo, por interpretação extensiva e atualista do artigo 407.º do Código Comercial. Caso a caso se procederá à sindicância *ex bona fide*. Os nossos tribunais acolhem, por vezes e sem sobressalto, usos bancários¹⁰².

12. Natureza; a “boa-fé”

I. Os usos traduzir-se-iam em meras práticas sociais. Só por si, não dariam azo a normas jurídicas¹⁰³, isto é, a proposições capazes de resolver casos concretos. Como foi dito, por aí se distinguiriam do costume o qual teria, em si, essa potencialidade¹⁰⁴.

O artigo 3.º/1 é demasiado restritivo, como é hoje pacífico¹⁰⁵: coloca-se em contra-corrente relativamente ao conjunto do Direito privado atual. A ser tomado à letra, irradicaria os usos comerciais, que alimentam áreas nobres do ordenamento.

¹⁰¹ Vide a explicação confluyente de LUIZ CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, 2 (1914), 383-384; cf. AURELIANO STRECHT RIBEIRO, *Código Comercial Português / atualizado e anotado*, vol. II (1939), 303.

¹⁰² Assim: RLx 3-Jun.-2003 (PIMENTEL MARCOS), CJ XXVIII (2003) 3, 101-105 (103/I), onde se refere, como uso, a prática do lançamento em conta dos cheques depositados, com a cláusula “salvo boa cobrança”.

¹⁰³ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, 4.ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO (2005), 66.

¹⁰⁴ ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* cit., 1, 15.ª ed., § 41, IV (273); vide ERICH DANZ, *Laienverstand und Rechtsprechung* (§§ 157, 242 BGB), JhJb 38 (1899), 373-500 (454-454) e *Rechtsprechung nach der Völkanschauung und nach dem Gesetz / Ein Beitrag zur Lehre von Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung*, JhJb 54 (1909), 1-81 (15 ss.).

¹⁰⁵ Por exemplo: JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador* (1983), 158.

II. Os usos podem adquirir relevância prescritiva por uma de três vias:

- através da lei, que para eles remeta; tal a mensagem do artigo 3.º/1; nessa eventualidade, a lei poderá fazê-lo totalmente, de modo que os usos assumam uma função regulativa; mas pode remeter para eles apenas para auxiliarem na interpretação de negócios jurídicos ou para complementarem a sua integração; a lei portuguesa não documenta, todavia, estas duas últimas hipóteses;
- através do costume: caso o uso funcione como norma imperativa *a se*, manifesta-se uma fonte autónoma do Direito;
- através da autonomia privada: as partes, quando celebrem livremente os seus contratos, podem fazê-lo estipulando cláusulas ou remetendo, simplesmente, para as práticas habituais no setor.

Em qualquer dos casos, os usos são fontes de Direito: são eles que permitem a revelação de normas jurídicas. E fazem-no diretamente: por isso, contra a qualificação legal, eles não podem deixar de surgir como fontes imediatas do Direito.

III. Se bem atentarmos nas figuras dos usos comerciais consagrados e nos tipos contratuais sociais, verifica-se que a juridificação dos usos, que eles constanciam, acaba por ser imputada ao sistema, no seu conjunto. Eles *são sistema*, independentemente da possibilidade de os intercalar na pirâmide kelseniana.

Uma doutrina experiente como a alemã não tem dúvida, relativamente a esses tipos, em considerá-los Direito consuetudinário. Entre nós, dada a forte aversão do legislador civil de 1966, relativamente ao costume, aversão essa que surge reforçada pelos constitucionalistas pós-1976 (veja-se o destino dos assentos), não soaria bem dar esse passo¹⁰⁶.

Fica-nos, pois, a saída dos usos como fontes de Direito, para integração no sistema.

IV. O artigo 3.º/1 exige, para a aplicabilidade dos usos, que os mesmos não sejam “contrários à boa-fé”. Vimos a sua origem, de resto confessada por Manuel de Andrade: ela reside na conexão entre *Treu und Glauben* e *Verkehrssitte*, a qual remonta à jurisprudência comercial alemã do século XIX. E entre nós?

¹⁰⁶ Todavia, vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Introdução ao estudo do Direito* 1 (2004), 373 ss., com uma vigorosa defesa do costume, enquanto fonte autónoma do Direito.

Já se tem visto, na sindicância *ex bona fide*, uma exigência de racionalidade¹⁰⁷, uma forma de combater os “usos manhosos”¹⁰⁸ e um conceito “ético-moral” (sic), a apreciar em cada caso pelo julgador¹⁰⁹. Esta última solução, vinda dos ilustres autores do Código Civil, nesta área, surpreende: afastou-se o costume pela insegurança que poderia ocasionar e permite-se que o julgador decida, caso a caso, em função de bitolas éticas para as quais não se dá qualquer critério?

A boa-fé tem, hoje, um sentido estabilizado: não se compreenderia que, a propósito de cada uma das suas diversas manifestações, os autores se afadigassem a montar um sistema *ad hoc*, sem terem em conta de que estamos perante uma das áreas mais densificadas, em termos de jurisprudência e de doutrina, do Direito civil.

A boa-fé opera como um princípio do sistema jurídico, desdobrado em dois subprincípios: o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade subjacente. Assim, não são atendíveis usos que defrontem aquilo com que, legitimamente, os interessados poderiam contar (confiança). E tão-pouco são operativos os usos que desvirtuem a função sócio-económica do instrumento de cuja concretização se trate. Nada temos, aqui, de muito diferenciado: a própria lei que contradite esses vetores será paralizável por abuso do direito.

¹⁰⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, 13.^a ed. (2005), 278.

¹⁰⁸ JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Apostilha crítica cit.*, 35.

¹⁰⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 1, 4.^a ed. (1997), 54.