

Encontro de Investigadores EDUM 2024

Escola de Direito da Universidade do Minho



Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I. P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.



Universidade do Minho
Escola de Direito

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Encontro de Investigadores EDUM 2024

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Anabela Gonçalves
Bruna Sousa
João Vilas Boas
Joel A. Alves
José Vegar Velho
Sara Peixoto
Tiago Branco da Costa

AUTORES

Fernanda Fontenelle Grillo
Gustavo M. Baini
Johnny Pacheco-Castro
Mateus Manuel Arezes Neiva
Natalia Seco García
Nataly Carvalho Machado
Oscar Sevilla-Herrera
Patrícia Ferreira Rocha
Sílvia de Carvalho Homem
Susana Pereira

DATA DE PUBLICAÇÃO

Dezembro de 2024

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho / JusGov

LAYOUT, PAGINAÇÃO E DESIGN DE CAPA

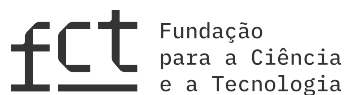
Carlos Sousa | Talento & Tradição

ISBN

978-989-36036-0-4

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores / Universidade do Minho – Proibida a reprodução, no todo ou em parte, por qualquer meio, sem autorização expressa dos autores.

Encontro de Investigadores EDUM 2024



Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I. P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.

Prefácio	7
Artigos	
<i>Novas perspectivas para a organização administrativa brasileira à luz do direito lusitano: o caso das entidades de fiscalização do exercício profissional,</i> Fernanda Fontenelle Grillo	9
<i>Limites objetivos do caso julgado: segurança e liberdade na conformação jusfundamental da autoridade do caso julgado,</i> Gustavo M. Baini	27
<i>La actual problemática de la residencia fiscal en la tributación de los nómadas digitales en el plano internacional,</i> Johnny Pacheco-Castro	45
<i>A divisão administrativa de Portugal. Passado, presente e futuro,</i> Mateus Manuel Arezes Neiva	59
<i>La protección de las víctimas de matrimonios forzados en la Unión Europea,</i> Natalia Seco García	73
<i>A contratação pública sustentável na União Europeia como instrumento estratégico para uma transição energética justa,</i> Nataly Carvalho Machado	87
<i>Análisis normativo del patrimonio cultural inmaterial en la legislación del Estado de Guana-juato, México,</i> Oscar Sevilla-Herrera	101
<i>Os impactos do divórcio post mortem no direito sucessório brasileiro,</i> Patrícia Ferreira Rocha	115
<i>Transformação digital na União Europeia: a implementação da Carteira Europeia de Identidade Digital,</i> Sílvia de Carvalho Homem	131
<i>Sistemas registrais e desenvolvimento económico,</i> Susana Pereira	147

PREFÁCIO

As atas que agora se publicam correspondem aos trabalhos apresentados no Oitavo Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas, que teve lugar no ano de 2024.

Tendo em consideração os bons resultados que obtivemos nos anos anteriores em termos de participação, a Comissão Organizadora optou novamente por uma modalidade de *webinar*, que permite a participação dos investigadores deslocalizados. Os encontros de investigadores, organizados pela Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho, visam o diálogo e a discussão entre investigadores com graus de experiência diversa, o que potencia a melhoria das comunicações científicas apresentadas e a abertura de perspetivas que, por vezes, não foram pensadas pelo investigador.

Nesta edição, encontramos uma grande variedade de trabalhos que abrangem temáticas relativas: às entidades de fiscalização do exercício profissional; ao caso julgado; à tributação dos nómadas digitais; à divisão administrativa de Portugal; à proteção de vítimas de casamentos forçados; à contratação pública sustentável; ao regime jurídico do património cultural imaterial; à possibilidade de divórcio *post mortem*; à transformação digital; e aos sistemas registrais.

A organização do Oitavo Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas, e a publicação das respetivas atas, enquadra-se no objetivo da Escola de Investigadores do JusGov de criar oportunidades de investigação que permitam que os seus membros aperfeiçoem as suas capacidades de pesquisa e divulguem os trabalhos em curso. Simultaneamente, procura criar momentos de discussão e diálogo entre investigadores, permitindo também a criação de redes de trabalho.

Uma última palavra de agradecimento para a Comissão Organizadora do Oitavo Encontro de Investigadores em Ciência Jurídicas, na qual nos integramos, composta também pelos Mestres José Vegar Velho, Joel Alves, Tiago Branco da Costa, Bruna Sousa e Sara Peixoto e o Professor João Vilas Boas, que mantêm o espírito de missão de continuar a organizar o evento e a publicação da obra que agora se apresenta.

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

Diretora da Escola de Investigadores do Centro de Investigação JusGov

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA À LUZ DO DIREITO LUSITANO: O CASO DAS ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

*Fernanda Fontenelle Grillo**

Sumário: 1. Introdução. 2. Compreensão acerca da natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional pela doutrina, jurisprudência e legislação brasileiras. 3. Solução proposta para a classificação das entidades de fiscalização profissional brasileiras à luz do direito lusitano. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: A estrutura da Administração Pública brasileira encontra-se tradicionalmente dividida entre direta e indireta, essa composta, dentre outras figuras, por autarquias. Entretanto, na conjuntura da Administração Pública contemporânea, esse rol não se demonstra mais suficiente para classificar adequadamente todas as figuras do direito administrativo. Embora os conselhos profissionais brasileiros sejam classificados por lei como autarquias, há diversas peculiaridades a eles afetas que não são consentâneas com a classificação tradicional. Assim, superando a previsão legal, defende-se que no Brasil há uma Administração Autônoma, similar ao que ocorre no direito português.

Palavras-chave: Direito administrativo – Organização administrativa – Administração Autônoma.

* Doutoranda e Mestra em Direito e Administração Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Desenvolve pesquisa sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional brasileiros e propõe a existência de uma Administração Autônoma brasileira. Compõe a Diretoria da Comissão das Assessorias Jurídicas dos Conselhos Profissionais da Ordem dos Advogados do Brasil. É advogada de conselho profissional no Brasil. E-mail: fernanda.f.grillo@gmail.com

Abstract: The structure of the Brazilian Public Administration is traditionally divided between direct and indirect, this one composed, among other figures, of “autarquias”. However, in the context of contemporary Public Administration, this role is no longer sufficient to clarify all figures of administrative law. Although Brazilian professional councils are classified by law as “autarquias”, there are several issues related to them that are not consistent with the traditional classification. Thus, surpassing the legal provision, it is argued that in Brazil there should be an Autonomous Administration, similar to what occurs in the Portuguese law.

Keywords: Administrative law – Administrative organization – Autonomous administration.

1. Introdução

No que toca à organização administrativa brasileira, em razão de norma legal e constitucional, a Administração Pública foi fragmentada entre direta e indireta, sendo aquela composta pelos entes federativos União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e essa composta por quatro categorias de entidades com personalidade jurídica própria (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas). Essas entidades da Administração Pública indireta estão, cada uma em sua medida, vinculadas ao Estado. Especificamente no que toca à autarquia, figura que interessa ao presente estudo, no direito brasileiro ela configura-se como “uma pessoa jurídica de Direito público, criada por lei e integrante da Administração Pública Indireta, que desempenha atividade típica de Estado”¹. As autarquias brasileiras são criadas por lei de iniciativa do Presidente da República, possuem personalidade jurídica própria e regime de pessoal público (denominado estatutário). Os bens das autarquias são públicos e, portanto, possuem as prerrogativas de alienabilidade condicionada por lei, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade. Ademais, necessitam de processos públicos de contratação de bens, de serviços e de pessoal. A responsabilidade civil das autarquias é objetiva e elas possuem várias prerrogativas tributárias e processuais.

De acordo com essas características, é possível concluir que as autarquias possuem proximidade com os institutos públicos portugueses, os quais, por sua vez, são “pessoas coletivas de direito público de tipo institucional, dotadas de personalidade jurídica própria e de uma estrutura interna hierarquizada, que são criados pelo Estado, por uma Região Autónoma ou por uma autarquia local para prosseguirem interesses que em princípio caberia prosseguir diretamente à entidade que os criou, mas que se entendeu colocar a cargo de entidades de menor dimensão”².

As entidades de fiscalização profissional brasileiras são geralmente classificadas pela doutrina, pela jurisprudência e pelas leis como autarquias. Porém, conforme será abordado, tal classificação é inadequada para conciliar o regime jurídico exigido das autarquias com a autodeterminação, o autogoverno e a autorresponsabilidade das entidades profissionais. No Brasil, são mais de dez milhões de profissionais registrados em entidades de fiscalização do exercício profissional^{3/4}. Assim, é preciso propor uma nova categoria para tais entidades e,

1 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – *Organização administrativa*. 4.^a ed. São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-8118-1, p. 61.

2 ALMEIDA, Mário Aroso de – *Teoria geral do direito administrativo*. 10.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0945-0, p. 98.

3 Conforme apurado pelo Tribunal de Contas da União no Relatório de Levantamento realizado nos conselhos de fiscalização profissional em 2022, no Brasil, há 9.525.557 profissionais registrados nas entidades de fiscalização do exercício profissional. Estes números não incluíram os advogados, pelo fato de a OAB não estar submetida ao controle do TCU (ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro. TC 014.349/2022-1. Acórdão 395/2023).

4 Conforme dados apurados no sítio eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, o quantitativo de advogados inscritos na Ordem no ano de 2024 é no montante de 1.354.418 (ORDEM DOS ADVOGADOS

para tal intuito, a organização administrativa lusitana concede novas perspectivas ao cenário brasileiro.

2. Compreensão acerca da natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional pela doutrina, jurisprudência e legislação brasileiras

A doutrina brasileira não é unânime a respeito da definição da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional brasileiros. Dentre as diversas correntes, há aquelas que se limitam a declarar o que consta em várias leis de criação, classificando as entidades de fiscalização do exercício profissional como autarquias, porém reconhecendo certas peculiaridades. Outros estudiosos rechaçam essa classificação, afirmando que tais entidades não fazem parte da Administração Pública.

MARIA SYLVIA DI PIETRO⁵ considera que as entidades de fiscalização do exercício profissional possuem a natureza jurídica de autarquias corporativas. Da mesma maneira posiciona-se JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁶, o qual reconhece, porém, que possuem um regime especial em relação às autarquias comuns. FERNANDA MARINELA⁷ também classifica os conselhos de fiscalização profissional como autarquias profissionais, porém entende que são *sui generis* e reconhece que vários temas a eles afetos possuem divergência jurisprudencial. Já HELY LOPES MEIRELLES⁸ compreende as entidades de fiscalização do exercício profissional como autarquias de regime especial em razão da maior autonomia em comparação com as autarquias comuns.

O posicionamento de RICARDO PEREIRA é de que as entidades de fiscalização do exercício profissional “eram, são e necessariamente continuarão a ser, enquanto vigente a atual ordem constitucional, autarquias corporativas, uma vez que exercem por outorga atividade típica e indelegável do Estado na área de polícia administrativa”⁹, entendendo que não pode haver o trespasses de atividades típicas de Estado para entidades particulares.

DO BRASIL. *Institucional – Quadro da Advocacia*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 28 ago. 2024).

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*. 33.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. 978-85-309-8972-9.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de Direito Administrativo*. 34.^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. ISBN 978-85-97-02497-5.

7 MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. ISBN 978-85-472-0435-8.

8 MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1989. ISBN 852030818X.

9 PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle – Natureza Jurídica dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.) – *Conselhos de fiscalização profissional: Doutrina e Jurisprudência*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 29-57. ISBN 978-85-203-4570-2, p. 56.

Conquanto entenda que os conselhos de fiscalização profissional são entidades de autorregulação profissional que não integram a Administração Pública, ANDRÉ SADDY defende que, “considerando as características estabelecidas nas respectivas leis de criação, eles têm natureza autárquica, ainda que diferenciada, pois detêm características que os diferenciam das demais autarquias”¹⁰.

MARÇAL JUSTEN FILHO destaca a intensa controvérsia da natureza jurídica dos entes reguladores de profissão, embora tenham recebido por lei a qualificação de autarquias. Pontua que “atribuir a esses entes a natureza autárquica gera problemas jurídicos relevantes”¹¹. De toda forma, acaba por categorizá-los como autarquias especiais.

MELISSA DEMARI e outros reconhecem que, embora a natureza autárquica os insira na Administração Pública indireta, tais entidades possuem inúmeras peculiaridades, fatores em relação aos quais “deve-se agregar a dupla dimensão da razão de existir de tais conselhos, pois, se de um lado eles existem para fiscalizar o exercício profissional, de outro também operam de forma a proteger a classe em relação aos elementos externos da corporação”¹².

Após adentrar em uma interessante análise acerca da autorregulação profissional e destacar diversificadas posições doutrinárias quanto às peculiaridades dos conselhos de fiscalização profissional, LEILA CUÉLLAR limita sua conclusão para considerar que “tais entidades têm sido consideradas autárquicas, embora possuam algumas peculiaridades em relação às demais autarquias. Poder-se-ia falar, então, em autarquias especiais ou *sui generis*”¹³.

Ao discorrer sobre a natureza jurídica das entidades de fiscalização do exercício profissional, JAQUES REOLON faz menção a entendimentos jurisprudenciais no sentido de que elas são autarquias *sui generis*, porém, compreende que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADI n.º 1717¹⁴, por meio da qual a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da personalidade de direito privado dessas entidades, impondo, portanto, o regime público, “afetou por vias transversas, o regime jurídico de pessoal, de aposentadoria de pessoal, de compras e serviços e outros, sem uma norma expressa nesse sentido,

10 SADDY, André – *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024. E-book. ISBN 978-65-84958-32-6. Vol. 1. p. 650.

11 JUSTEN FILHO, Marçal – *Curso de Direito Administrativo*. 13.ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-53210-19-0, p. 156.

12 DEMARI, Melissa; RANGEL, Carlos Alberto Boechat; GAVA, Daiane – *Conselhos de fiscalização profissional: À Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2020. ISBN 978-85-362-9222-9, p. 41.

13 CUÉLLAR, Leila. Autorregulação Profissional – Exercício de Atividade Pública. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bokmann – *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 181-208. ISBN 978-85-7700-371-6, p. 208.

14 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717. Relator: Min. Sydney Sanches, 7 nov. 2002. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 mar. 2003 – ATA N.º 8/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1689518>. Acesso em: 19 ago. 2024.

fazendo exsurgir uma espécie de vácuo legislativo suprido pela jurisprudência esparsa e, por vezes, conflitante”¹⁵.

CARREIRA ALVIM¹⁶ entende não ser plausível identificar os conselhos de fiscalização profissional quer como autarquias comuns, quer como autarquias especiais, devido às inúmeras contradições decorrentes de eventual supervisão ministerial e da aplicação do regime jurídico único. O jurista menciona a posição de Sérgio Ferreira, o qual compreende essas entidades como pessoas jurídicas públicas paradministrativas, não políticas, não territoriais, de fins administrativos, responsáveis pelo poder de polícia das profissões.

JOSÉ RUBENS COSTA compreende que, embora as entidades de fiscalização profissional sejam constituídas como autarquias, “não se caracterizam pela definição jurídico-positiva de autarquia, [...] cuja característica é ser uma base patrimonial [...] constituem-se em associações de pessoas, e não de bens”¹⁷. Portanto, no seu entendimento, tais entidades “não são estabelecimentos integrados à Administração, mas são, assim mesmo, pessoas morais de direito público”¹⁸, em que pese reconheça que decisões judiciais tenham se afastado desse raciocínio.

Portanto, verifica-se que não há homogeneidade da doutrina brasileira acerca da classificação da natureza jurídica das entidades de fiscalização do exercício profissional, preferindo a maioria dos juristas considerá-las autarquias *sui generis* em razão da expressa previsão legal, porém com reconhecimento de haver inúmeras peculiaridades, se comparadas com as autarquias típicas.

No que toca ao entendimento dos Tribunais brasileiros acerca da natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional, verifica-se que ao longo dos anos são reconhecidas várias exceções, conquanto a categorização delas como autarquias ainda seja afirmada.

No que toca ao regime jurídico dos entes de polícia da profissão, o Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal brasileiro responsável pela decisão final acerca de matérias constitucionais, decidiu em 2002¹⁹ que não é possível delegar à entidade de direito privado a atividade típica de Estado, a abranger o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição das atividades profissionais²⁰. Em que pese prevaleça o regime jurídico de direito público, percebe-se que o STF

15 REOLON, Jaques F. – *Conselho de Fiscalização: Curso Completo*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. ISBN 978-85-450-0729-6, pp. 43-44.

16 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Autarquia Corporativa – Natureza Jurídica – Regime de Pessoa*. *Direito na Doutrina*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 117-125.

17 COSTA, José Rubens – *Profissões Liberais – Autonomia: Uma Análise da Profissão e do Conselho dos Administradores*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. ISBN 86-0704, pp. 25-26.

18 *Ibid.*, p. 24.

19 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717. *cit.*

20 No julgamento, o STF decidiu ser inconstitucional a redação do *caput* do art. 58 da Lei n.º 9.649/1998, que estabelecia que “os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa”.

tem compreendido a incidência de algumas normas de direito privado a essas entidades, em razão de inúmeras peculiaridades²¹.

Uma das principais decisões do STF pela aplicação de normas do direito privado aos conselhos de fiscalização profissional foi proferida em setembro de 2020²². A Corte declarou que os conselhos, na estrutura tradicional da administração pública, não se revestem da natureza jurídica típica de autarquia, decidindo que constituem espécie *sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal, com natureza peculiar, e, portanto, é possível que o pessoal dessas entidades seja contratado pelo regime privado. Assim sendo, nessas ações é possível identificar que o STF categorizou as entidades de fiscalização do exercício profissional na natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público não estatal.

O Tribunal de Contas da União (TCU), Tribunal administrativo brasileiro responsável pelo controle externo e julgamento das contas das entidades de fiscalização profissional, tem categorizado os conselhos de fiscalização profissional na natureza jurídica de autarquias de regime especial, em que pese o TCU tenha dado destaque ao fato de que tais entidades não estão inseridas no Orçamento Geral da União, pondo relevância à autonomia financeira^{23/24} desses entes.

Por fim, no que toca à legislação brasileira, não se encontram menores desafios. As leis e os regulamentos brasileiros de criação dos conselhos de fiscalização profissional dispõem de formas diferentes a respeito da natureza jurídica dessas entidades e do regime jurídico aplicável. Destaca-se que, no Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal²⁵, não existe uma lei geral que disciplina as entidades de fiscalização profissional, apenas leis esparsas que tratam de temas diversos e as leis de criação de cada entidade profissional.

21 A questão da autonomia financeira dos conselhos de fiscalização profissional ficou clara na decisão do STF no Recurso Extraordinário n.º 938.837/SP, que decidiu que em relação aos pronunciamentos judiciais “os pagamentos devidos [...] pelos Conselhos de Fiscalização (exs.: CREA, CRM, COREN, CRO) não se submetem ao regime de precatórios” [ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Recurso Extraordinário n.º 938.837/SP. Relator: Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, 19 abr. 2017 (repercussão geral). 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4904431>. Acesso em: 23 ago. 2024].

22 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 36. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 set. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 272, 16 nov. 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344967626&ext=.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024. Transitada em julgado em 11 mar. 2021.

23 ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro (Plenário). Acórdão n.º 1.925/2019. Processo n.º TC 036.608/2016-5. Relator: Ministro Weder de Oliveira, 21 ago. 2019d. Brasília, DF: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/?KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-2347282%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 ago. 2024.

24 ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro (Plenário). Acórdão n.º 395/2023. Processo n.º TC 014.349/2022-1. Relator: Ministro Augusto Sherman, 8 mar. 2023. Brasília, DF: TCU, 2023a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/?KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-2578347%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 ago. 2024.

25 PORTUGAL. Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro. Estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1873&tabela=leis. Acesso em: 22 ago. 2024.

Dentre a legislação que nada dispõe acerca da natureza jurídica, mas apenas faz menção ao regime jurídico, conferindo aos conselhos a personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, estão as de Química (Lei n.º 2.800/1956); Farmácia (Lei n.º 3.820/1960); Biblioteconomia (Lei n.º 4.084/1962) e Educação Física (Lei n.º 9.696/1998 com redação dada pela Lei n.º 14.386/2022).

Dentre as leis e decretos brasileiros que atribuem aos conselhos a natureza jurídica de autarquia e o regime jurídico de direito público e autonomia administrativa e financeira, sem vinculação ao Governo Federal, estão as de Engenharia (Lei n.º 5.194/1966); Medicina (Lei n.º 3.820/1981); Odontologia (Lei n.º 4.324/1964); Economia (Lei n.º 6.537/1978); Técnicos em Radiologia (Lei n.º 7.394/1985 e Decreto n.º 92.790); Economistas Domésticos (Lei n.º 8042/1990); Arquitetura (Lei 12378/2010); Técnicos Industriais e Técnicos Agrícolas (Lei n.º 13.639/2018).

Dentre a legislação brasileira que define que a natureza jurídica dos conselhos é de autarquia e o regime jurídico de direito público com autonomia técnica, administrativa e financeira, determinando a vinculação ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, estão as de Corretores de Imóveis (Lei n.º 6.530/1978); Estatística (Lei n.º 4.739/1965 e Decreto n.º 62.497); Administração (Lei n.º 4.769/1965); Medicina Veterinária (Lei n.º 5.517/1968 e Decreto n.º 64.704/1969); Relações Públicas (Decreto-Lei n.º 860/1969); Psicologia (Lei n.º 5.766/1971 e Decreto n.º 79.822/1977); Nutricionistas (Lei n.º 6.583/1978); Biologia (Lei n.º 6.684/1979 e Decreto n.º 85.005/1980); Fonoaudiologia (Lei n.º 6.965/1981 e Decreto n.º 87.218/1982); Biomedicina (Lei n.º 6.684/1979, Lei n.º 7.017/1982 e Decreto n.º 85.005/1980) e Museologia (Lei n.º 7.287/1984 e Decreto n.º 91.775/1985).

No que toca às leis brasileiras que categorizam a natureza jurídica como de autarquia, mas nada dispõem acerca do regime jurídico, embora disponham a vinculação ao Ministério do Trabalho, estão as de Enfermagem (Lei n.º 5.905/1973) e de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Lei n.º 6.316/1975).

Em relação à legislação brasileira de criação de conselhos profissionais que não possui previsão a respeito da natureza jurídica nem do regime jurídico, estão a de Contabilidade (Decreto-Lei n.º 9.295/1946) e a dos Representantes Comerciais (Lei n.º 4.886/1965).

Já a lei brasileira de criação do Conselho de Serviço Social (Lei n.º 8.662/1993) o prevê como entidade com personalidade jurídica e forma federativa dotada de autonomia administrativa e financeira, nada dispondo acerca da natureza jurídica ou do regime jurídico, embora tenha previsão de poder de polícia e cobrança de anuidade.

Destaca-se que a Lei n.º 14.386/2022, que alterou a Lei dos Conselhos de Educação Física de 1998, não incluiu a definição da natureza jurídica como autarquia, apenas fazendo menção ao regime jurídico de direito público.

A Ordem dos Músicos (Lei n.º 3.857/1960), por outro lado, em que pese a sua lei brasileira de criação conceda-lhe a personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e patrimonial, não possui poder de selecionar,

disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de músico, proceder a registros profissionais obrigatórios, expedir carteiras profissionais obrigatórias nem exercer poder de polícia aplicando penalidades pelo exercício ilegal da profissão, tendo em vista que os dispositivos da lei que assim dispunham foram declarados não recepcionados pela Constituição da República de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal²⁶, em razão da violação à liberdade de manifestação artística²⁷.

Por fim, a Lei n.º 8.906/1994, que criou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), definiu-a como serviço público, dotada de personalidade jurídica. Diferentemente dos demais conselhos de fiscalização profissional, a OAB possui atribuições constitucionalmente previstas. O Supremo Tribunal Federal brasileiro já decidiu acerca das peculiaridades ímpares da OAB, diferenciando-a inclusive dos demais conselhos de fiscalização profissional.

Especificamente no que toca ao controle ministerial dessas entidades, o parágrafo único do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 968/1969²⁸ originalmente previa que essas corporações profissionais estariam submetidas à supervisão ministerial. Ocorre que em 1986, após a Ditadura Militar brasileira, por meio do Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro²⁹, o parágrafo único do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 968/1969 foi revogado. Desse modo, “como resultado das lutas desenvolvidas por todas as entidades envolvidas nesses atos, após a redemocratização do país”³⁰, os conselhos de fiscalização profissional passaram a não estar mais submetidos à supervisão ministerial do Poder Executivo federal, diferentemente do que ocorre em relação às autarquias típicas.

Diante deste contexto, conclui-se que a natureza autárquica não se adequa mais para classificar as entidades de fiscalização profissional brasileiras, uma vez que várias das regras aplicáveis às autarquias típicas brasileiras são incongruentes com a realidade dos conselhos profissionais. Por exemplo, enquanto as

26 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 183. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 250, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341705343&ext=.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2024.

27 Inclusive, o Tribunal de Contas da União deu abertura ao procedimento administrativo n.º 007.602/2022-7 de modo a produzir conhecimento sobre o financiamento da Ordem dos Músicos do Brasil, já que se constatou situação de inadimplência e inviabilidade do referido Conselho, porém o procedimento foi arquivado por ausência de pressupostos de constituição/desenvolvimento (ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro. TC 007.602/2022-7. 2022a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/processo/007.602%252F2022-7/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A760220227>. Acesso em: 19 out. 2023).

28 BRASIL. *Decreto-Lei n.º 968, de 13 de outubro de 1969*. Dispõe sobre o Exercício da Supervisão Ministerial relativamente às Entidades Incumbidas da Fiscalização do Exercício de Profissões Liberais. Brasília, DF: Presidência da República, 1969d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0968.htm#:~:text=DECRETO-LEI%20N%C2%BA%20968%2C%20DE%20OUTUBRO%20DE,Incumbidas%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Exerc%C3%ADcio%20de%20Profiss%C3%B5es%20Liberais. Acesso em: 22 ago. 2024.

29 BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986*. Altera o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2299.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

30 CASTRO, Orlando Ferreira de – *Deontologia da Engenharia, Arquitetura e Agronomia: Legislação Profissional*. Goiânia: CREA-GO, 1995, p. 20.

autarquias brasileiras estão submetidas ao controle ministerial, desde a publicação do parágrafo único do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 968/1969 em 1986, as entidades de fiscalização do exercício profissional não estão mais submetidas ao controle ministerial. Enquanto as autarquias estão vinculadas ao orçamento do Poder Executivo federal, os conselhos profissionais possuem plena autonomia financeira, arcando com os ônus e bônus da arrecadação, já que não podem receber qualquer financiamento direto do Poder Executivo federal. Enquanto as autarquias devem contratar pessoal pelo regime jurídico público, os conselhos profissionais contratam seu pessoal pelo regime privado. Enquanto as autarquias pagam as suas dívidas por meio de uma ordem constitucionalmente fixada, com prazos estendidos, as entidades de fiscalização profissional devem pagar suas dívidas como um particular. Enquanto os dirigentes das autarquias são nomeados diretamente pelo Presidente da República, os dirigentes dos conselhos profissionais são eleitos pelos profissionais registrados na respectiva entidade.

3. Solução proposta para a classificação das entidades de fiscalização profissional brasileiras à luz do direito lusitano

No que toca às entidades de fiscalização do exercício profissional no Brasil, conforme visto, a doutrina, a jurisprudência e a legislação brasileiras tendem a classificar tais entidades como autarquias, justamente pelo fato de que “a tipicidade da organização administrativa tornou-se regra na abordagem do tema, cabendo às pessoas políticas adequarem-se aos moldes preconcebidos pelo legislador federal”³¹.

A despeito das categorias estanques que o direito brasileiro parece imputar às pessoas jurídicas que ocupam a organização administrativa brasileira, não deve existir uma categorização *a priori* das entidades da Administração Pública, pois ela pode ser variável conforme a análise do caso concreto. Tal fenômeno é denominado de polimorfismo organizatório.

Na visão de VITAL MOREIRA, as entidades da administração pública “não revestem uma só forma jurídico-organizatória”³², constituindo-se em formatos organizatórios mistos, fenômeno denominado de polimorfismo organizatório. Isso decorre da proliferação de situações de hibridismo dos regimes jurídicos público e privado. Assim, constata-se que “entre o mundo das entidades públicas e o mundo dos particulares e das suas organizações, emergiu um formato de gradações múltiplas entre o *hard core* das entidades inquestionavelmente públicas e as pessoas coletivas puramente privadas”³³. Esse fenômeno também é denominado

31 FERRAZ, Luciano de Araújo – Além da Sociedade de Economia Mista. *Revista de Direito Administrativo*. ISBN 0034-8007. Rio de Janeiro. V 266 (maio/ago. 2014), pp. 49-68, p. 52.

32 MOREIRA, Vital – *Administração Autônoma e Associações Públicas*. 1997. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-0797-4, p. 256.

33 *Ibid.*, p. 260.

por VITAL MOREIRA de “destipização dos entes públicos, de tal modo que cada um deles goza tendencialmente de um regime particular”³⁴.

Por isso, defende-se que a divisão quadripartite da Administração indireta fixada pela Constituição e legislação brasileiras está ultrapassada, especialmente em razão da incongruência de classificar os conselhos de fiscalização profissional brasileiros como autarquias.

No direito português, por outro lado, a organização da Administração Pública “está estruturada em dois grandes ramos: a Administração Estadual e a Administração Autônoma (em relação ao Estado)”³⁵.

A Administração Estadual lusitana é dividida entre Administração direta, que “consiste no conjunto de órgãos e serviços administrativos pertencentes ao Estado, que se estruturam em Ministérios”³⁶, e Administração indireta, a qual é composta por “um vasto conjunto de pessoas colectivas que, não integrando a estrutura do Estado, por serem dotadas de personalidade jurídica, ainda assim exercem a função administrativa na dependência do Estado, para satisfação de interesses públicos que, em primeira linha, pertencem ao Estado”³⁷.

Já a Administração Autônoma portuguesa, cuja existência decorre do fato de o ordenamento jurídico português confiar o exercício da função administrativa não somente ao Estado e às entidades que dele dependem, “mas também a outras pessoas colectivas de substrato populacional, cuja existência supõe o reconhecimento a certas comunidades do direito de prosseguirem os seus próprios interesses através de pessoas colectivas dotadas de órgãos eleitos e, por isso, representativos das respectivas populações”³⁸. A Administração Autônoma também se fundamenta nos princípios da descentralização administrativa e da autonomia local.

No que toca a essas pessoas coletivas, como, por exemplo, as associações públicas (dentre as quais estão incluídas as Ordens e Câmaras profissionais), MÁRIO AROSO DE ALMEIDA³⁹ destaca as suas peculiaridades:

“Estas pessoas colectivas correspondem a formas de Administração Autônoma em relação ao Estado, que não exerce poderes de superintendência em relação a elas, mas apenas poderes de tutela extrínseca e de estrita legalidade, nos casos em que a lei expressamente o prevê e que se circunscrevem, nos termos constitucionais, aos planos inspectivo e integrativo (que não revogatório nem substitutivo).”

34 *Ibid.*, p. 277.

35 ALMEIDA, Mário Aroso de – *Teoria geral do direito administrativo. ob. cit.*, p. 83.

36 *Ibid.*, p. 84.

37 *Ibid.*, p. 84.

38 *Ibid.*, p. 85.

39 *Ibid.*, p. 85.

Portanto, é preciso observar a autonomia das entidades de fiscalização profissional, cujo grau é mais intenso em comparação a grande parte das entidades públicas. De acordo com os estudos feitos por VITAL MOREIRA⁴⁰, existem vários domínios de autonomia que podem ser conferidos a entes públicos, como a autonomia jurídica, que garante a personalidade jurídica própria à entidade; a autonomia administrativa em sentido técnico-jurídico, caracterizada pela possibilidade de praticar atos administrativos que imponham obrigações ou garantam direitos aos administrados; a autonomia financeira, cujas receitas e orçamento são próprios; a autonomia disciplinar interna, que permite a aplicação de sanções disciplinares ao seu pessoal; a autonomia normativa, caracterizada pela possibilidade de editar atos normativos com eficácia externa; a autonomia sancionatória, que se caracteriza pela viabilidade de aplicar sanções administrativas aos administrados; e a autonomia organizatória, que se caracteriza pela definição de sua estrutura interna e organização dos serviços.

Esses domínios de autonomia podem ser encontrados em menor ou maior grau em várias entidades administrativas, mas o autor destaca três domínios de autonomia que são imprescindíveis às entidades de fiscalização profissional, quais sejam, a autonomia de orientação (autodeterminação), que é “a capacidade de definir a sua orientação, o *indirizzo* da sua ação administrativa, sem dependência de orientação alheia, dentro dos limites da lei”⁴¹, o autogoverno, que se configura pelo “governo mediante órgãos próprios, representativos, escolhidos mediante eleição e não nomeados por outrem alheio à pessoa coletiva”⁴² e a autorresponsabilidade, isto é, “a não submissão do mérito dos seus atos ao controle da administração estadual”⁴³.

Afirma-se sobre a importância de determinar a natureza jurídica apropriada às entidades de fiscalização do exercício profissional, já que, desde a criação dos primeiros conselhos profissionais brasileiros na década de 30 do século XX, já decorreu quase um século sem que tal questão seja definida de modo coerente no Brasil, o que causa insegurança jurídica em diversos aspectos até hoje. Como visto, os que enquadram tais entidades como autarquias confirmam que há várias regras que não podem ser aplicadas aos conselhos, classificando-os como *sui generis*, o que sempre leva a uma situação de indefinição.

Portanto, após análise pormenorizada do cenário brasileiro, entende-se que os conselhos de fiscalização profissional, que possuem um regime jurídico híbrido, permeado por normas de direito público e de direito privado, constituem-se em entidades autônomas de autorregulação profissional que ocupam uma Administração Autônoma, apartada da Administração Pública do Estado, similar ao cenário português.

As entidades profissionais possuem peculiaridades que justificam a sua posição apartada da estrutura do Estado, mas nas quais incidem tanto normas

40 MOREIRA, Vital – *Administração Autônoma e Associações Públicas*. ob. cit., p. 121.

41 *Ibid.*, p. 121.

42 *Ibid.*, p. 121.

43 *Ibid.*, p. 126.

de direito público quanto de direito privado, pois “agem, em parte, no interesse próprio sem consideração ao interesse do público, e, por outro lado, no interesse do Estado em detrimento de seus próprios associados”⁴⁴, o que implica na incidência do regime jurídico híbrido. Defende-se o desenvolvimento no Brasil da ideia de Administração Autônoma de modo a dar maior segurança jurídica e aplicar as normas efetivamente adequadas às referidas entidades. E isso se justifica pelo fato de que as entidades de fiscalização do exercício profissional, embora sejam criadas pelo Estado por lei, como ocorre com as entidades ocupantes da Administração Pública indireta, são entes dirigidos por membros da sociedade, e não pelo Estado. Assim, torna-se inadequada a aplicação de regras estritamente públicas, já que se trata de um contexto em que há o exercício da autonomia de um grupo específico de interessados da sociedade.

No contexto lusitano, as entidades de fiscalização do exercício profissional são espécie de associação pública, e a ideia de Administração Autônoma é amadurecida pelo fato de estar previsto na Constituição Portuguesa, em seus artigos 267-1 e 267-4, que as associações públicas estão estruturadas na Administração. Por sua vez, o artigo 199-d prevê competir ao Governo exercer tutela sobre a administração autônoma⁴⁵.

Um dos fundamentos que diferencia as entidades ocupantes da Administração Pública indireta em relação às entidades ocupantes da Administração Autônoma é o tipo de legitimação à atuação de cada uma delas. Enquanto a Administração Pública em geral é fundamentada na legitimidade democrática, por outro lado, a legitimidade das entidades de fiscalização profissional ocupantes dessa Administração Autônoma é a legitimidade autônoma derivada do princípio da participação, conforme posição adotada por Schmidt-Assmann⁴⁶, exarada no contexto alemão.

Tendo em vista o contexto de uma administração pública contemporânea, em que o exercício da atividade administrativa é propagado para ser exercido em rede e de maneira policêntrica e no qual o princípio participativo é colocado em evidência de modo que a sociedade contribua para a construção das decisões políticas e administrativas, surge a necessidade de construir uma conceituação que abarque essas peculiaridades.

A relevância da distinção entre Administração Pública indireta e Administração Autônoma no Brasil decorre dos princípios descentralizadores e pluralistas do Estado Democrático de Direito contemporâneo, que possui como dever o apoio e estímulo ao cooperativismo, pelo fato de o histórico na criação das entidades de fiscalização profissional brasileiras ter demonstrado a necessidade de desvinculação do Poder Central, além de ser necessário para superar várias

44 CHAPMAN, Brian – Devolução de Podêres a Instituições Autônomas, Inclusive Entidades Profissionais e Universidades. *Revista de Direito Administrativo*. N 61 (1960), pp. 374-388. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/21169/19924>, p. 383.

45 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 ago. 2024.

46 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard – *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003. ISBN 84-9768-048-0.

incongruências legislativas criadas em razão de a veste autárquica não servir adequadamente a essas entidades. Ademais, enquanto as entidades da Administração Pública indireta perseguem fins do Estado em nome próprio e refletem os interesses gerais da coletividade, a Administração Autônoma é organizada “segundo princípios electivos e representativos, cuidando de interesses específicos dessas colectividades, constitucionalmente aptos para merecerem consideração autónoma no contexto da administração pública”⁴⁷.

Além disso, enquanto o fundamento da Administração Pública indireta baseia-se em questões técnicas de eficiência e racionalização, o fundamento da Administração Autônoma “está no reconhecimento da especificidade dos interesses de certas colectividades de pessoas no contexto da prossecução do interesse público; ela assenta no reconhecimento da capacidade de auto-administração dessas colectividades; obedece a um objetivo de democratização da administração pública; enfim, assenta no reconhecimento do pluralismo social das sociedades contemporâneas”⁴⁸.

Assim, entende-se pertinente a adoção dessa nova perspectiva, na qual a autonomia das entidades de fiscalização do exercício profissional deve prevalecer, respeitando-se a legitimidade dos interesses dos grupos dos profissionais legalmente garantidos, mantendo-se a desvinculação do Poder Central.

4. Conclusão

Verificou-se que o enquadramento legal das entidades de fiscalização profissional brasileiras na figura de autarquias, ocupante da Administração Pública indireta, não é adequada para as particularidades de legitimidade autônoma dos conselhos profissionais, os quais possuem autodeterminação, autogoverno e autorresponsabilidade.

À luz do direito lusitano, foi proposto que os conselhos de fiscalização profissional brasileiros estão apartados da Administração Pública do Estado, ocupando uma Administração Autônoma, “deixando-se de aplicar o regime jurídico administrativo público configurado para a administração indireta, que em muitos pontos é incompatível com a realidade dos conselhos profissionais”⁴⁹.

Assim, a organização administrativa brasileira deve ser pensada sob uma nova perspectiva, cujo cenário é o pluricentrismo da Administração contemporânea, especialmente no que toca à classificação jurídica das entidades de fiscalização do exercício profissional.

47 MOREIRA, Vital – *Administração Autônoma e Associações Públicas*. ob. cit., p. 111.

48 *Ibid.*, p. 113.

49 GRILLO, Fernanda Fontenelle – *Conselhos de Fiscalização Profissional Brasileiros: desvendando a natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional no contexto da administração pública contemporânea*. São Paulo: Editora Dialética, 2024. ISBN 978-65-270-2258-9, p. 201.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Mário Aroso de – *Teoria geral do direito administrativo*. 10.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0945-0.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Autarquia Corporativa – Natureza Jurídica – Regime de Pessoal. Direito na Doutrina*. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 968, de 13 de outubro de 1969*. Dispõe sobre o Exercício da Supervisão Ministerial relativamente às Entidades Incumbidas da Fiscalização do Exercício de Profissões Liberais. Brasília, DF: Presidência da República, 1969d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0968.htm#:~:text=DECRETO-LEI%20N%C2%BA%20968%2C%20DE%2013%20DE%20OUTUBRO%20DE,Incumbidas%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Exerc%C3%ADcio%20de%20Profiss%C3%B5es%20Liberais. Acesso em: 22 ago. 2024.

—. *Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986*. Altera o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2299.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de Direito Administrativo*. 34.^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. ISBN 978-85-97-02497-5.

CASTRO, Orlando Ferreira de – *Deontologia da Engenharia, Arquitetura e Agronomia: Legislação Profissional*. Goiânia: CREA-GO, 1995.

CHAPMAN, Brian – Devolução de Podêres a Instituições Autônomas, Inclusive Entidades Profissionais e Universidades. *Revista de Direito Administrativo*. N 61 (1960), pp. 374-388. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/21169/19924>.

COSTA, José Rubens – *Profissões Liberais – Autonomia: Uma Análise da Profissão e do Conselho dos Administradores*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. ISBN 86-0704.

CUÉLLAR, Leila. Autorregulação Profissional – Exercício de Atividade Pública. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bokmann – *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 181-208. ISBN 978-85-7700-371-6.

DEMARI, Melissa; RANGEL, Carlos Alberto Boechat; GAVA, Daiane – *Conselhos de fiscalização profissional: À Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2020. ISBN 978-85-362-9222-9.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*. 33.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. 978-85-309-8972-9.

FERRAZ, Luciano de Araújo – Além da Sociedade de Economia Mista. *Revista de Direito Administrativo*. ISBN 0034-8007. Rio de Janeiro, V 266 (maio/ago. 2014).

GRILLO, Fernanda Fontenelle – *Conselhos de Fiscalização Profissional Brasileiros: desvendando a natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional*

no contexto da administração pública contemporânea. São Paulo: Editora Dialética, 2024. ISBN 978-65-270-2258-9.

JUSTEN FILHO, Marçal – *Curso de Direito Administrativo*. 13.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-53210-19-0.

MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. ISBN 978-85-472-0435-8.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1989. ISBN 852030818X.

MOREIRA, Vital – *Administração Autônoma e Associações Públicas*. 1997. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-0797-4.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – *Organização administrativa*. 4.^a ed. São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-8118-1.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Institucional – Quadro da Advocacia*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 28 ago. 2024.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle – *Natureza Jurídica dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional*. In FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.) – *Conselhos de fiscalização profissional: Doutrina e Jurisprudência*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 29-57. ISBN 978-85-203-4570-2.

PORTUGAL. *Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro*. Estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1873&tabela=leis. Acesso em: 22 ago. 2024.

—. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 ago. 2024.

REOLON, Jaques F. – *Conselho de Fiscalização: Curso Completo*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. ISBN 978-85-450-0729-6.

SADDY, André – *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024. *E-book*. ISBN 978-65-84958-32-6. Vol. 1.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard – *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003. ISBN 84-9768-048-0.

Jurisprudência

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717. Relator: Min. Sydney Sanches, 7 nov. 2002. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 mar. 2003 – ATA N.º 8/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1689518>. Acesso em: 19 ago. 2024.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Recurso Extraordinário n.º 938.837/SP. Relator: Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, 19 abr. 2017 (repercussão geral). 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4904431>. Acesso em: 23 ago. 2024.

ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro. TC 014.349/2022-1. Acórdão 395/2023.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 36. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 set. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 272, 16 nov. 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344967626&ext=.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021. Transitada em julgado em 11 mar. 2021.

ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro (Plenário). Acórdão n.º 1.925/2019. Processo n.º TC 036.608/2016-5. Relator: Ministro Weder de Oliveira, 21 ago. 2019d. Brasília, DF: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-2347282%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 ago. 2024.

ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro (Plenário). Acórdão n.º 395/2023. Processo n.º TC 014.349/2022-1. Relator: Ministro Augusto Sherman, 8 mar. 2023. Brasília, DF: TCU, 2023a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-2578347%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 ago. 2025.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 183. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 250, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341705343&ext=.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2024.

ACÓRDÃO do Tribunal de Contas da União brasileiro. TC 007.602/2022-7. 2022a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/processo/007.602%252F2022-7/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A760220227>. Acesso em: 19 out. 2023.

LIMITES OBJETIVOS DO CASO JULGADO: SEGURANÇA E LIBERDADE NA CONFORMAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DA AUTORIDADE DO CASO JULGADO

*Gustavo M. Baini**

Sumário: Introdução. **1.** Bauman e a fórmula de ouro: segurança e liberdade em relação de amor e ódio. **2.** Mais segurança ou mais liberdade? **2.1.** Segurança no regime jurídico da coisa julgada. **2.2.** Liberdade no regime jurídico da coisa julgada. **3.** A fórmula de ouro: segurança e liberdade equilibradas na coisa julgada. **4.** Direito fundamental à coisa julgada: proteção constitucionalmente adequada entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: Os limites objetivos do caso julgado são informados pelos princípios constitucionais que colidem quando se propõem, de um lado, ampla estabilidade (segurança jurídica) e ampla impugnabilidade (devido processo legal). O presente estudo propõe estabelecer um ponto ótimo de equilíbrio entre esses dois princípios constitucionais, assegurando-os na máxima medida possível, ao estabelecer que as questões prejudiciais suscitadas, litigadas e decididas integram os limites objetivos do caso julgado.

Palavras-chave: Caso julgado – Segurança jurídica – Devido processo legal.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, Analista do Ministério Público da União (Brasil), Assessor da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região (Brasil). Professor em cursos de Escolas Judiciais e em cursos de pós-graduação. E-mail: gustavobaini@gmail.com

Abstract: The objective limits of *res judicata* are informed by the constitutional principles that collide when, on the one hand, broad stability (legal certainty) and, on the other hand, broad challengeability (due process of law) are proposed. This study aims to establish an optimal balance between these two constitutional principles, ensuring them to the greatest possible extent, by establishing that the prejudicial issues raised, litigated, and decided are part of the objective limits of *res judicata*.

Keywords: *Res judicata* – Legal certainty – Due process of law.

Introdução

Os limites objetivos do caso julgado são discutidos há cerca de 3800 anos¹. O acirramento e a longevidade da disputa acerca da extensão dos efeitos objetivos da coisa julgada fazem desacreditar em uma resposta única e definitiva.

No entanto, o mister acadêmico impõe que não se abdique de buscá-la. Há, no mínimo, posições mais ou menos sustentáveis. A sustentação das posições, contudo, vai sempre repousar em algo mais sólido do que ela. O argumento se sustenta tanto pela sua racionalidade como pela força do valor em que descansa.

Não se pode dar por certo que toda a sociedade regulada por um conjunto de normas jurídicas concorde a respeito do grau de estabilidade que considera mais adequado para uma decisão judicial. Por outro lado, tampouco se pode negar que a justificativa para esse grau estabilizador ótimo fundamenta-se sobre um determinado valor – ou sobre o modo como ele interage com outros. Ao aplicar-se essa premissa ao objeto em estudo, pode-se dizer que a justificativa para que a coisa julgada tenha um determinado alcance repousa necessariamente sobre a valorização de determinado bem ou sobre a relação entre bens imbricados na coisa julgada.

Logo, para sustentar a hipótese de que as decisões sobre questões prejudiciais² devem ser estabilizadas pela coisa julgada, assim como para impor

1 Regra VI, § 5.º, do Código de Hamurabi. Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi – *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, pp. 25-30.

2 Para fins do presente estudo define-se prejudicialidade como um liame lógico condicionante entre duas relações jurídicas de direito material. Há prejudicialidade quando uma relação jurídica depende de outra em alguma medida: a solução de uma questão (subordinante ou condicionante) condiciona o sentido em que outra questão (subordinada ou condicionada) deverá ser resolvida. Expondo a aqui adotada doutrina substancialista da relação de prejudicialidade de Enrico Allorio, e seguindo de perto as lições de Francesco Menestrina, cf., sobre todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese (Livre-docência em Direito Judiciário Civil). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1967, *passim*, especialmente pp. 38 e ss. Essa, a do “nesso di dipendenza sostanziale”, também parece ser a doutrina sustentada por PISANI, Andrea Proto – *Lezioni di diritto processuale civile*. 6.ª ed. Napoli: Jovene, 2021, p. 328. Pode-se aprofundar a definição de prejudicialidade, classificando-a, como a doutrina costuma fazer, em lógica ou jurídica (como o fez BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *ob. cit.*, pp. 43-54), ou em lógica ou técnica (tal como proposto por PISANI, Andrea Proto – *Lezioni di diritto processuale civile*. *ob. cit.*, pp. 326-329). A relação de prejudicialidade pode repousar sobre pontos ou sobre questões. Ponto representa um elo lógico no encadeamento do pedido formulado pelo autor acerca do qual não há controvérsia (ex.: a propriedade incontestada do veículo na ação de reparação por danos civis). Por outro lado, quando um elo desse encadeamento lógico-racional é questionado pelo réu, lançando dúvidas sobre um ponto pelo qual o raciocínio judicial necessariamente deverá passar para decidir o pedido, o ponto torna-se questão. Na medida em que o presente estudo se debruça sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada, a prejudicialidade relevante, aqui, é a que está relacionada a pontos do encadeamento lógico do pedido que tenham sido controvertidos pelas partes, ou sobre os quais repouse incerteza jurídica – ou seja, sobre questão. Assim, questão prejudicial pode ser definida como uma dúvida a respeito de um efeito jurídico afirmado ou refutado por uma das partes que antecede logicamente o pedido, condicionando-o de algum modo, e que é objeto de controvérsia no processo. Para uma compreensão estendida a respeito dos elementos do encadeamento lógico-processual que, de diferentes formas, podem manifestar a prejudicialidade em uma relação processual (trabalhando minuciosamente os conceitos de ponto, ponto duvidoso, ponto controvertido, ponto prejudicial, questão, questão principal, questão prévia, questão preliminar, questão prejudicial, questão incidental, causa e causa prejudicial) e as espécies de questões prejudiciais (em sentido amplo/estrito, própria/imprópria, remota/próxima, mediata/imediata, total/parcial, à ação/à

condições para que tal estabilidade se produza, é preciso perguntar-se quais são os valores que interagem no âmago dessa hipótese. E mais do que isso, para que determinados valores impactem em institutos jurídicos como a coisa julgada, é preciso perguntar-se quais são os princípios jurídicos que incorporam tais valores ao ordenamento jurídico. A tutela jurídica dos valores por meio de normas do tipo princípio (e também pelas do tipo regra) é identificada com as funções dos institutos jurídicos. Para que serve a coisa julgada? Que função (ou funções) ela desempenha no ordenamento? Como os valores imbricados nesse instituto se relacionam e como os princípios (e regras) que os conformam se impõem uns sobre os outros?

O presente trabalho representa uma incursão pelos valores e princípios jurídicos que, na visão do autor, fundamentam a controvérsia, pavimentando um caminho que procura sustentar em equilíbrio a posição aqui defendida.

1. Bauman e a fórmula de ouro: segurança e liberdade em relação de amor e ódio

ZYGMUNT BAUMAN apresenta uma interessantíssima leitura de “O mal-estar da civilização”, de Freud. Para BAUMAN, “há dois valores essenciais que são absolutamente indispensáveis para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz: segurança e liberdade. Não há dignidade na ausência de um deles. Segurança sem liberdade é escravidão; liberdade sem segurança é caos, impossibilidade de fazer, planejar ou até sonhar com qualquer coisa. Necessitamos de ambos. O problema é que, até hoje, ninguém encontrou a fórmula de ouro, a mistura perfeita de segurança e liberdade. Cada vez que se obtém um

sentença, interna/interna, homogênea/heterogênea, obrigatória/facultativa), cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo – *Coisa julgada & questões prejudiciais – limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: RT, 2019, pp. 158-178. Para Castro Mendes, “questão é pois a alternativa posta por duas afirmações, só uma das quais necessariamente verdadeira.” (CASTRO MENDES, João de – *Manual de processo civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 1963, p. 297, nota de rodapé n.º 1). Essa definição engloba as duas espécies de prejudicialidade – a lógica e a técnica – identificadas por Proto Pisani. Para ele, a prejudicialidade técnica é aquela que revela a dependência de uma relação jurídica sobre outra. Vale dizer, para que uma relação jurídica exista, é necessário reconhecer a existência de uma outra relação jurídica, tal como a relação de parentesco/paternidade é necessária para a relação de crédito alimentar. Pode-se falar em “relação jurídica condicionante” e “relação jurídica condicionada”. A relação de prejudicialidade técnica é uma relação de subordinação absoluta, ou de existência, e não meramente relativa, ou de modo. Já a prejudicialidade lógica é aquela que conecta diferentes demandas em uma relação jurídica complexa – como a complexa relação mutuária em relação ao pedido de condenação ao pagamento de uma parcela em atraso. A partícula subordinante é constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva da relação subordinada. De acordo com Pisani, a jurisprudência italiana majoritária firmou-se no sentido de que “i limiti oggettivi del giudicato si estendono sempre all’intero rapporto giuridico complesso costitutivo del singolo effetto giuridico immediatamente dedotto in giudizio come petitum, con la conseguenza che, ad es., la condanna al pagamento del canone fa stato anche in ordine alla precedente esistenza e validità dell’intero rapporto di locazione o la sentenza, passata in giudicato, di condanna al pagamento di una singola rata del mutuo fa stato in ordine alla sussistenza e validità del mutuo nel suo complesso.” (PISANI, Andrea Proto - *Lezioni di diritto processuale civile*. ob. cit., p. 327).

pouco de segurança, entrega-se um pouco de liberdade; cada vez que se obtém mais liberdade, entrega-se alguma medida de segurança”³.

Esse é o dilema da extensão dos efeitos da coisa julgada: quanto de segurança é preciso entregar para obter-se a liberdade necessária? Quanta liberdade é necessário ceder para ter-se a segurança imprescindível para uma vida digna? Como vaticinou o brilhante sociólogo polonês, ainda ninguém encontrou a “fórmula de ouro” que equilibra perfeitamente as duas coisas – e não é pretensão fazê-lo neste modesto estudo. Entretanto, há um ganho em reconhecer, em termos de tomada de consciência, que a escolha não vem somente com benefícios, mas também com prejuízos.

Pode-se optar por privilegiar a “liberdade” de rediscutir, de manter as questões em aberto, de tê-las à disposição e potencialmente favoráveis ou passíveis de aprimoramento: a flexibilidade. Pode-se preferir restringir os efeitos da coisa julgada ao mínimo necessário para produzir tão-somente aquela segurança fundamental, deixando-se disponíveis o máximo de controvérsias possíveis para que elas possam ser acertadas com a maior minudência possível.

Ou pode-se optar por privilegiar a “segurança” de saber-se com o que contar, com o que se está lidando, a certeza e clareza acerca do que é e o que não é, o que pode e o que não pode: a estabilidade. Pode-se preferir estender os efeitos da coisa julgada ao máximo possível para produzir toda a segurança que se pode produzir, dissolvendo todas as controvérsias que couberem na discussão minimamente já realizada no processo judicial.

Ao optar-se por um, está-se priorizando um valor de extrema relevância. Porém, a potencialização desse valor se dá em detrimento, e na exata proporção, segundo BAUMAN⁴, de outro valor de idêntica fundamentalidade.

Definir a extensão dos efeitos da coisa julgada passa por uma escolha:

- a) maior impugnabilidade/revisibilidade: toda e qualquer controvérsia envolvendo toda e qualquer pessoa deve ser sempre passível de verificação judicial? A distribuição da justiça deve ser a mais precisa/exata possível, preconizando-se pela busca de uma coisa julgada mais detalhada, minuciosa, específica? Ou:
- b) maior indiscutibilidade/estabilidade: a discutibilidade das controvérsias deve ser restrita ao mínimo necessário? A distribuição de justiça deve ser a mais pacificadora e universalizante possível, preconizando-se por assegurar que as controvérsias sejam resolvidas de maneira amplificada?

3 Entrevista concedida por Bauman a Fernando Schüller e Mário Mazzilli, equipe de Fronteiras do Pensamento, em 25 de julho de 2011, na sua residência, em Leeds (Londres), acessível em <https://www.frenteiras.com/leia/exibir/zygmunt-bauman-liberdade-e-seguranca-um-caso-de-amor-e-odio>, e no Canal de Fronteiras do Pensamento no YouTube (<https://www.youtube.com/@frenteiras>), especificamente em <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>, aos 22min30s. Complemento em <https://www.frenteiras.com/assista/exibir/seguranca-e-liberdade-uma-dicotomia>. Em todos os casos, acessados em 05/02/2024. BAUMAN, Zygmunt – Liberdade e segurança: um caso de Hassliebe. In DESSAL, Gustavo; BAUMAN, Zygmunt – *O retorno do pêndulo: sobre a psicanálise e o futuro do mundo líquido*. Tradução: Joana Angélica D’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 16.

4 BAUMAN, Zygmunt – Liberdade e segurança: um caso de Hassliebe. *ob. cit.*

A extensão dos efeitos da coisa julgada prende-se à imposição estatal heterônoma sobre a liberdade de indivíduos. Quanto maior for sua extensão, mais é sentida a força do Estado cumprindo seu mister primário: assegurar a paz social. A menor extensão da coisa julgada, por outro lado, representa uma maior liberdade dos indivíduos em relação ao Estado. Mas, também, uma menor liberdade do indivíduo em relação a si mesmo ou, sob certa perspectiva, em relação a outros indivíduos. A fórmula de ouro entre segurança e liberdade de BAUMAN é exatamente a incessável busca pelo tamanho ideal do Estado.

No estabelecimento da extensão da coisa julgada, segurança e liberdade desempenham funções importantes para o Estado de Direito: respectivamente, ampla pacificação das controvérsias e ampla discutibilidade das controvérsias. Na ponderação entre os dois, dois riscos se apresentam: sujeitar as partes à indiscutibilidade de decisões injustas, ou à discutibilidade de decisões justas⁵. Se optar-se por conferir maior peso à liberdade, estar-se-á a preferir não ter certeza sobre as relações jurídicas do que ter uma resolução sub-ótima. Se peso maior for dado à segurança, preferir-se-á uma decisão sub-ótima a não ter segurança jurídica.

Esta breve reflexão, desenvolvida com o intuito de provocar a ponderação entre dois valores que colidem na controvérsia acerca da extensão da coisa julgada, deve ser conduzida pela teleologia do processo, a saber, a justiça, quer materializada na estabilidade, quer na flexibilidade. De qualquer modo, ressaltando-se o caráter instrumental do processo ante o direito material, o equilíbrio entre a liberdade e a segurança na definição dos limites da coisa julgada deve pautar-se pela busca pela melhor realização do direito material⁶. Vale dizer, porquanto o processo é um meio para atingir um fim, a coisa julgada, como instituto processual que é, deve, também, pautar-se pelo fim a que se destina, a saber, equilibrar a liberdade e a segurança no âmbito da impugnabilidade das controvérsias jurídicas. O desenvolvimento dessa reflexão dentro desse marco permite

5 Por decisões justas e injustas, não se está a referir o mérito da decisão, mas, sim, ao procedimento que conduz a ela (cf. LUHMANN, Niklas – *Legitimação pelo procedimento* (1969). Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Rev. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 48-113.). Especificamente, como é óbvio, fala-se da delimitação da porção, dentro do que ficou decidido, que se torna indiscutível. Ou seja, fala-se da extensão dos efeitos da coisa julgada.

6 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira dedicou a vida acadêmica a desdobrar os valores *segurança e efetividade*, equilibrando-os no bojo do seu formalismo-valorativo como um conjunto de valores que servem a um fim: assegurar a justiça material da decisão. Para o saudoso processualista gaúcho, o formalismo processual “não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão. (...) Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). (...) A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios.” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre. V 26, N 26 (2017). A tese: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de – *Formalismo no processo civil*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 1996, posteriormente transformada em livro: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

alcançar soluções que sirvam – e não que se sobreponham – ao direito material que o processo pretende realizar. A reflexão deve ser conduzida pela seguinte pergunta: *como* o Estado deve prestar jurisdição – proporcionando mais segurança ou proporcionando mais liberdade? Ou, o que é ainda superior: como equilibrar na máxima medida a ambos – segurança e liberdade – para que a jurisdição seja prestada da maneira mais justa possível?

2. Mais segurança ou mais liberdade?

Segurança e liberdade são valores inquestionavelmente incorporados aos diversos ordenamentos jurídicos por meio da positivação de inúmeras regras e princípios.

No que concerne à extensão dos efeitos da coisa julgada, o valor segurança está fundamentalmente ligado ao seu princípio homônimo, a segurança jurídica. Está, também, ligado à economia processual e à eficiência da administração jurisdicional.

De outro lado, o valor liberdade se infiltra no ordenamento jurídico, sob a ótica da extensão dos efeitos da coisa julgada, através do princípio do *procedural due process of law*, especialmente através de seus subprincípios, nomeadamente o da inafastabilidade da jurisdição, do dispositivo, da demanda, o do contraditório e o da ampla defesa.

2.1. Segurança no regime jurídico da coisa julgada

a) Segurança jurídica

As breves considerações a respeito desse vastíssimo tema limitar-se-ão ao que se mostrar estritamente relevante para aplicá-lo à problemática da extensão dos efeitos da coisa julgada⁷.

O efeito mais evidente da coisa julgada pode ser visto como uma moeda com duas faces: de um lado, a vedação de rediscussão acerca do que está decidido, a face proibitiva; de outro, a necessidade de observar o que está decidido, a face impositiva. Com efeito, a coisa julgada estabiliza o conteúdo de uma decisão judicial, tornando-o, como maciçamente admitido na processualística brasileira (e no art. 502 do Código de Processo Civil – CPC brasileiro), “imutável e indiscutível”⁸.

A imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial conferem, basicamente, dois benefícios às partes e a quem com elas travar relações jurídicas: a certeza e a estabilidade.

7 Cf., dentre muitos outros, ÁVILA, Humberto – *Teoria da segurança jurídica*. 6.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

8 A expressão portuguesa insculpida no art. 619.º, n.º 1, do CPC, é muito feliz: “força obrigatória”.

Há relações jurídicas simples e concordes, desdobrando-se com forte laço fraternal. Neste caso, não há muitas disputas ou dúvidas. Mas há, também, relações complexas e antagonizadas, precipuamente individualizadas. As partes que ocupam polos neste último tipo de relação podem, com frequência, achar-se incertas quanto aos efeitos jurídicos que decorrem dos atos que praticam ou praticados pela contraparte nessa relação. Essa incerteza trava, por assim dizer, a relação. O comércio de bens jurídicos é obstruído. E, como argutamente observou BAUMAN, “[v]iver em condições de incerteza prolongada ou aparentemente incurável acarreta duas sensações do mesmo modo humilhantes: a de ignorância (não saber o que se enfrentará no futuro) e a de impotência (ser incapaz de influir no próprio rumo)”⁹.

A conflituosidade de uma tal relação abala toda a coletividade, sendo contrária à paz social e, logo, aos objetivos do Estado de Direito¹⁰ que tanto se empenha na construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹¹.

Saber como o Estado, titular do monopólio da imposição coercitiva da força jurídica, compreende tal relação outrora obtusa confere às partes autonomia. Isto é, permite-lhes conhecer, de antemão, as consequências de suas condutas e, portanto, permite-lhes agir com maior agilidade e liberdade¹². A certeza a respeito de certos atos jurídicos da relação torna-a mais fluida. As partes tornam-se mais confiantes. O comércio de bens jurídicos torna-se mais desimpedido.

Além disso, onde há incerteza não há projeção de futuro. Não havendo confiança (*trustfulness*) não há descanso (*reliability*), a relação não progride, não se desenvolve. Trava.

E, uma vez que se saiba com o que contar, é preciso que haja estabilidade para que se produza confiança. É preciso não apenas saber-se com o que contar, senão que, também, saber-se que isso que se sabe permanecerá como é, pelo menos enquanto for razoável contar que assim permaneça. Longevidade mínima.

Destarte, certeza e estabilidade geram antecipação, planejamento, cognoscibilidade, previsibilidade, autonomia, continuidade, aprofundamento, confiança, circulação intensificada. Todos esses benefícios se agregam a uma relação jurídica que tenha seus pontos controversos definidos com imutabilidade e indiscutibilidade, com força de coisa julgada, pois.

9 BAUMAN, Zygmunt – Liberdade e segurança: um caso de Hassliebe. *ob. cit.*, p. 17. E o autor prossegue: “E não há dúvida de que ambas [ignorância e impotência] são aviltantes: em nossa sociedade sumamente individualizada, na qual se presume (contra a evidência dos fatos, por assim dizer) que cada indivíduo deve arcar com a responsabilidade total sobre seu destino na vida, essas sensações dão a entender a incompetência do interessado para abordar as tarefas que outras pessoas, aparentemente mais exitosas, parecem levar a cabo graças à maior destreza e ao melhor empenho”.

10 “Com o caso julgado, (...) de forma pragmática, garante-se a certeza e a segurança do Direito, condição indispensável à vida em sociedade.” – ANTUNES VARELA, João de Matos [et al.] – *Manual de Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 705.

11 Objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3.^o, I, da CRFB) e princípio fundamental da República Portuguesa (art. 1.^o da CRP).

12 Não se pode perder aqui o curioso paradoxo: no embate entre segurança e liberdade, conclui-se que a segurança produz liberdade.

b) Coerência

Coerência é o atributo que permite agrupar partículas distintas sob um critério comum. Trata-se de um traço de racionalidade no sistema¹³. A racionalidade se opõe à arbitrariedade – e, logo, integra, também, o modelo do *Rule of Law* (em lugar do *Rule of Men*). Em um mundo racional, as coisas não podem ser e não ser ao mesmo tempo. O paradoxo gera perplexidade. E a perplexidade paralisa. A inconstância do ser em um momento e não-ser em outro gera insegurança. A insegurança, por sua vez, gera perda de autonomia. O que não está definido pode devir em prejuízo, e um prejuízo cuja magnitude se desconhece. E talvez isso implique em que o sujeito inseguro decida não avançar, não conduzir sua vida por sobre tais indefinições, temeroso quanto às consequências desconhecidas. Logo, as relações jurídicas ficam travadas e o trânsito dos bens jurídicos imbricados nessas relações ficam retidos.

A extensão dos efeitos objetivos da coisa julgada às decisões sobre questões prejudiciais protege tais questões contra a incoerência, pois as torna imutáveis e indiscutíveis. Sempre que elas forem chamadas para compor uma decisão, estarão definidas de maneira vinculativa. Sempre que elas fizerem parte de uma relação, saber-se-á com o que se está lidando.

c) Autoridade jurisdicional, economia processual e eficiência judiciária

Assegurar que determinadas controvérsias já apreciadas e decididas por um juiz fiquem fora de questão reforça a autoridade jurisdicional. O Estado de Direito é aquele em que o Direito se impõe, e não fica à mercê das partes, disponível para que elas, ao seu alvedrio, manipulem-no de modo a torná-lo subserviente. A regra é a do Direito, e não a do arbítrio ou da conveniência de homens.

O repúdio a decisões inconsistentes está na base da preocupação com a eficiência do desempenho da atividade de distribuir jurisdição¹⁴. Para que o Estado de Direito seja efetivo – em outras palavras, para que o Estado seja de Direito –, as decisões judiciais, como emanações da materialização do Direito, devem produzir efeitos em sua máxima medida. Isto também é segurança jurídica, sob a vertente da efetividade.

Assim, estender os efeitos da coisa julgada às decisões sobre questões prejudiciais incrementa a credibilidade da instituição judiciária, o que irradia efeitos para além das partes do processo, pois gera uma sensação geral de confiabilidade nas instituições públicas. Mas irradia efeitos, principalmente, para os sujeitos com quem as partes do processo em que produzida a coisa julgada se relacionarem.

13 BAINI, Gustavo Martins – Aspectos da responsabilidade extracontratual da Administração Pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – sujeição ativa e passiva. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* – AJURIS. Ano XXXVIII, N 122 (jun. 2011), p. 106.

14 VERSTAL, Allan – *Res judicata: Preclusion*. New York: Mathew Bender, 1969, pp. 7, 10 e 12, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme – *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 49.

Além disso, a extensão dos efeitos da coisa julgada às questões prejudiciais representa economia. Economia processual, pois potencializa a função jurisdicional de modo a assegurar o conteúdo jurídico de mais de uma controvérsia com um único ato processual, imprimindo-lhe a máxima eficiência. E também economia financeira – tanto para as partes como para a sociedade que, em conjunto, sustentam o aparato judicial.

A esse respeito o art. 580.º, n.º 2, do Código de Processo Civil – CPC português, merece referência. A finalidade da coisa julgada é “evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior”. Contradizer uma decisão anterior seria um problema de coerência, geraria instabilidade, incerteza. E reproduzir uma decisão anterior seria simplesmente um desperdício – de tempo, de esforço e de dinheiro.

2.2. Liberdade no regime jurídico da coisa julgada

Se por um lado há muitos motivos para pender a balança da extensão dos efeitos da coisa julgada para o lado da segurança, há outros tantos motivos pelos quais se poderia argumentar que a coisa julgada deve restringir-se ao mínimo possível.

A maneira como o argumento deste estudo está organizado – iniciando pela exposição das razões que revelam a importância da segurança para depois passar-se às razões que reforçam a necessidade de liberdade – não é casual: a maior ou menor extensão dos efeitos da coisa julgada é mais uma questão de maior ou menor segurança do que de liberdade. E a razão é bastante evidente: a coisa julgada serve à segurança. A questão é saber *quanta* segurança se quer. Ou, dito de outro modo, de quanta liberdade abre-se mão para ter-se segurança? Ou, ainda, quanto de liberdade quer-se injetar na segurança promovida pela coisa julgada? Quanta liberdade é necessária para que a segurança promovida pela coisa julgada seja equilibrada?

Os grãos de sal com que a liberdade, por assim dizer, tempera a receita da extensão dos efeitos da coisa julgada são fundamentais para testar a hipótese aqui sustentada: se é verdade que a coisa julgada pode produzir efeitos sobre decisões acerca de questões prejudiciais (e, logo, para que mais segurança seja produzida), quais são as condições para isso ocorra (ou seja, quanta liberdade deve ser preservada nessa incursão da segurança sobre o terreno da extensão dos efeitos da coisa julgada)?

Conforme já anunciado, o princípio jurídico que reveste os grãos de sal da liberdade que interferem na receita da extensão ótima dos efeitos da coisa julgada é o *procedural due process of law*.

a) Procedural due process of law

Assim como a segurança jurídica, o *procedural due process of law*¹⁵ é um daqueles princípios jurídicos cuja exploração demanda fôlego extra. O pouco que será explorado a seu respeito limita-se ao essencial para a compreensão do argumento¹⁶.

Um dos grandes documentos jurídicos da história é a mítica *Magna Charta*, do Rei João I, o Sem-Terra. Um dos elementos que a faz tão grande é, sem dúvida, a cláusula do *due process*¹⁷. De acordo com essa cláusula, reproduzida, em essência, na 5.^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e, também no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁸.

Trata-se, portanto, exatamente como no contexto da *Magna Charta*, *mutatis mutandis*, de uma das principais manifestações da liberdade no âmbito jurídico: restringir o poder estatal de interferir na liberdade dos indivíduos, exigindo que tal intervenção seja sempre precedida de um processo formal¹⁹.

Além disso, o *due process* impõe que a intervenção na liberdade individual somente ocorra seguindo um determinado procedimento, o qual é permeado por um conjunto de valores que asseguram a legitimidade dessa intervenção. Alguns desses valores diretamente ligados à controvérsia acerca da extensão dos efeitos da coisa julgada serão sucintamente indicados a seguir.

15 Optou-se pela terminologia anglófona do princípio para evitar-se a dubiedade gerada pela sua bifurcação, no vernáculo, entre os sistemas constitucionais brasileiro (“devido processo legal”) e português (“processo equitativo”), respectivamente previstos no art. 5º, LIV, da CRFB e art. 20º, n.º 4, da CRP. Procurou-se, ainda, utilizar o princípio com a sua nomenclatura especificada, adjetivando-se o *due process* com o seu prenome *procedural*, a fim de distingui-lo e evitar confusões com seu co-irmão desenvolvido pela Suprema Corte Estadunidense, o *substantive due process of law*.

16 Cf. VITORELLI, Edilson – O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte. N 72 (jan./jun. 2018), pp. 187-217. MARIOTTI, Alexandre – *Princípio do devido processo legal*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. WASSERMAN, Rhonda – *Procedural Due Process – a reference guide to the United States Constitution*. Connecticut: Greenwood, 2004. MATTOS, Sergio Wetzel – *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

17 Cf. VITORELLI, Edilson – O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos. *ob. cit.*, p. 189.

18 A Constituição Portuguesa tem norma de conteúdo semelhante, embora menos expresso, nos n.ºs 4 e 5 do art. 20º. Outras Constituições também consagram-no com alguma fórmula: Itália, arts. 24 e 111; Espanha, art. 24; Alemanha, art. 103. O *due process* tem fórmula consagrada igualmente no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (1966, art. 14) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º).

19 É interessante perceber que Paulo de Tarso, por volta do ano 50 d.C (portanto, mais de mil anos antes da *Magna Charta*) valeu-se da prerrogativa de cidadão romano para exigir esclarecimentos de seus algozes, a denotar a presença desse valor como um ingrediente da liberdade sobre as intervenções público-estatais já na Roma Antiga: “Sendo nós cidadãos romanos, eles nos açoitaram publicamente *sem processo formal* e nos lançaram na prisão. E agora querem livrar-se de nós secretamente? Não! Venham eles mesmos e nos libertem”. Atos dos Apóstolos, 16.37 (NVI – SBB).

b) Ingredientes de uma receita processual para a liberdade na coisa julgada: ação, inafastabilidade de jurisdição, dispositivo, demanda, congruência, contraditório e ampla defesa

O poder estatal de estabelecer coisa julgada é limitado, em última instância, pela vontade das partes de submeter-se a esse poder. Pois cabe às partes eleger a matéria acerca da qual postulam jurisdição. Disso decorre que o juiz não pode sentenciar além daquilo que lhe foi pedido. O princípio do dispositivo (as partes dispõem sobre o que querem pedir e alegar) conecta-se ao da demanda (o conteúdo processual discutido, o objeto litigioso, é definido pelas partes, tanto no pedido como na defesa). E este ao da congruência entre pedido e sentença²⁰. O poder de imprimir a força jurídica coercitivamente não pode ficar inteiramente disponível ao juiz para que ele, voluntariamente, movimente o aparato estatal – o Leviatã! – em desfavor de um indivíduo. Afinal, isso seria exatamente o oposto do *due process*. Tal poder precisa ser limitado, e o é através da vontade das partes, que colocam nas mãos do juiz os limites daquilo que elas deliberam arriscar. São elas, as partes, que estabelecem, portanto, os limites da atuação jurisdicional.

Não pode, pois, o Estado decidir sobre algo a respeito do que não foi provocado. Mas, mais do que isso, não pode o Estado decidir sobre algo acerca do que não tenha oportunizado às partes que sustentem suas razões e produzam suas provas. O direito de ser ouvido antes de ter contra si uma decisão desfavorável, bem como o de influenciar a convicção do julgador mediante apresentação de razões – os chamados contraditório formal e material – e, ainda, o direito de apresentar provas das suas alegações – a chamada ampla defesa – integram o núcleo mais rígido do *due process*.

Além disso, impor a alguém que se submeta ao comando jurisdicional sem possibilidade de discutir o conteúdo desse comando ofende o mais basilar direito processual consagrado em qualquer sistema jurídico civilizado: o próprio direito de ação e o princípio da inafastabilidade de jurisdição, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Judiciário²¹.

Uma decisão judicial com força de coisa julgada incidindo sobre um sujeito que não teve a adequada oportunidade para influenciar essa decisão caracteriza uma interferência estatal abusiva sobre a liberdade. Uma tal decisão, em verdade, representa arbítrio e viola o princípio democrático, pois no Estado Constitucional contemporâneo cada cidadão (e não apenas aquele que teve acesso ao *due process* e obteve decisão favorável) deve ser tratado com igual consideração e respeito.

Uma composição desses três subprincípios – da demanda, do contraditório e da ampla defesa – conduz a que as partes, ao estarem em juízo, precisam saber o que está em causa para decidirem como vão se comportar, que grau de investimento farão para influenciar no julgamento. As partes se dedicam à solução da lide na exata proporção da interferência daquela decisão sobre a sua vida e os

20 Art. 5.º, n.º 1, c/c art. 609.º, n.º 1, do CPC português; art. 492 do CPC brasileiro.

21 Art. 5.º, XXXV, da CRFB.

seus bens, decidindo o que vão alegar (e, logo, até que ponto permitirão a interferência estatal na sua liberdade) e o quanto esforço pretendem despendar para provar suas alegações.

Com efeito, para que as decisões acerca de questões prejudiciais produzam efeito de coisa julgada, é necessário que os princípios da demanda, do contraditório e da ampla defesa sejam observados. Isso significa que não pode produzir coisa julgada uma decisão incidental acerca da qual as partes não tenham suscitado jurisdição, não tenham tido oportunidade de influenciar na convicção do juízo, não tenham seus argumentos levados em consideração ou não tenham tido oportunidade de apresentar provas de suas alegações.

3. A fórmula de ouro: segurança e liberdade equilibradas na coisa julgada

Esses são os requisitos para que os efeitos objetivos da coisa julgada alcancem a decisão produzida acerca de questão prejudicial ao pedido principal. Toda questão prejudicial, para ser resolvida com força de coisa julgada, deve ter sido efetivamente litigada pelas partes no processo, com efetiva observância do *due process*. A todo cidadão é garantido pelo menos um dia na Corte²².

Ora, se, na balança da extensão dos efeitos da coisa julgada, o contrapeso da segurança é a liberdade, então a solução para que essa extensão seja mais ampla (e, logo, a segurança possa pesar tanto quanto lhe é possível) é a observância das porções de liberdades que não podem ser ignoradas. Assim, se o alcance da coisa julgada sobre uma questão prejudicial decidida não representar uma invasão indevida na esfera privada das partes e nem uma surpresa para elas, tendo-lhe sido proporcionado efetivamente litigar a seu respeito, então não faz sentido restringir, sempre e em todos os casos, a autoridade da coisa julgada ao pedido principal. Tal restrição seria uma proteção deficiente (*untermassverbot*) da coisa julgada e, portanto, inconstitucional, por ofensa à proporcionalidade, como logo em seguida se demonstrará.

A saída, portanto, para estender os efeitos da coisa julgada às questões prejudiciais decididas, parece ser assegurar às partes que participem da formação dessa decisão incidental e, também, alertá-las sobre as consequências dessa participação ou não participação, isto é, informar às partes (seja de maneira genérica, mediante a positivação de uma regra legal que regulamente tal extensão, seja de maneira individual, mediante a advertência expressa pelo juiz no processo) acerca da extensão da autoridade da coisa julgada por sobre questões

22 A confirmação da força jurídica do *procedural due process* transcende o direito positivo e alcança as relações sociais. O dicionário Cambridge registra o curioso verbete “have your day in court” como uma expressão idiomática que ultrapassa o jargão jurídico, sendo aplicável em circunstâncias ordinárias do dia a dia. O significado da expressão, segundo o léxico, é: “to get an opportunity to give your opinion on something or to explain your actions after they have been criticized”. E o exemplo de aplicação, marcado pelo poder do tribunal da opinião pública, é: “She was determined to get her day in court and the TV interview would give it to her”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/have-day-in-court>. [acesso em 16/10/2024].

prejudiciais decididas. De posse dessa informação, as partes podem decidir o esforço que consideram adequado despendar para que a coisa julgada que se há de formar acerca da questão prejudicial lhes favoreça.

No jargão norte-americano, costuma-se usar a expressão “uma única mordida na maçã” (*one bite of the apple*), a significar que o acesso à jurisdição é garantido uma e apenas uma vez. A mordida, no entanto, precisa ter sido satisfatória. O Estado não pode impedir o cidadão de morder a maçã adequadamente, retirando-a ao menor arranhão à casca e, quando ele for tentar novamente, alegar que ele já deu a sua mordida.

4. Direito fundamental à coisa julgada: proteção constitucionalmente adequada entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

A fim de “limpar o campo” e evitar incompreensões, é preciso afirmar expressamente: nada do que se está a dizer se relaciona com a ponderação da coisa julgada.

Há alguns anos, no Brasil, as posições acerca da relativização da coisa julgada se engalfinham em acaloradas discussões sobre a possibilidade de, uma vez sedimentada e expirado o prazo rescisório, a coisa julgada civil ser desconsiderada²³. A proposta deste trabalho está excluída dessa discussão. Não se trata de desconsiderar o conteúdo decisório com força de coisa julgada, mas de delimitar o conteúdo decisório que pode receber essa força.

Quando se afirma que a extensão da coisa julgada é o resultado do sopesamento entre segurança e liberdade, procura-se, como espera-se ter ficado claro, questionar as razões que impediriam que tal extensão recobrisse as decisões incidentais proferidas no *iter* decisório. Colocaram-se na balança a segurança e a liberdade para tentar encontrar fundamentos jurídicos que demonstrassem a necessidade de recobrir as decisões incidentais com os efeitos da coisa julgada.

O exercício de ponderação, aqui realizado, é *in abstracto*, sem examinar se uma específica e determinada decisão pode ou não alcançar efeitos de coisa julgada. A ponderação que acima procurou-se expor avança somente até que se conclua – espera-se – pela aceitação da hipótese proposta neste trabalho, a saber, a de que as decisões acerca de questões prejudiciais podem recobrir-se da autoridade da coisa julgada, desde que observados os requisitos impostos pela liberdade.

Na verdade, a coisa julgada não apenas *pode* recobrir as questões prejudiciais decididas, mas *deve*. Há quem sustente que o legislador tem uma certa

23 Cf., sobre todos, com abrangentes e rigorosas posições, a obra coletiva DIDIER Jr., Fredie (org.) – *Relativização da coisa julgada*. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2008. Cf., ainda, a interessante tese de Antonio do Passo Cabral, que argutamente percebe a necessidade de superação do paradigma da *imutabilidade* pelo da *estabilidade processual*, estabelecendo graus diferentes de acordo com o bem jurídico tutelado e a eventual necessidade de mudança no tempo. Cf. CABRAL, Antonio do Passo – *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

discrecionalidade para decidir o âmbito de conformação da coisa julgada^{24/25}. Contudo, cabe repensar essa premissa à luz das teorias jusfundamentais que embalam o moderno Estado Constitucional.

Ora, os fins do Estado Constitucional são plurais – e, muitas vezes, antagônicos, como é o caso da segurança e da liberdade. Quando realiza um, o Estado pode estar comprometendo outro. No exercício da ponderação em abstrato entre liberdade e segurança na busca pela extensão da coisa julgada é preciso, portanto, atentar para que, a pretexto de promover liberdade, o Estado não exponha excessivamente a segurança. Do mesmo modo, ao tutelar a segurança, há sempre que se observar o mínimo de liberdade.

De fato, o princípio (ou postulado, como demonstra H. ÁVILA) da proibição de excesso, por vezes encarado como uma faceta do princípio (ou postulado) da proporcionalidade, proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental²⁶. Não se trata apenas de uma boa prática ou recomendação doutrinária. Trata-se de buscar parâmetros para a aferição da constitucionalidade da intervenção do Estado nos direitos fundamentais processuais. A ponderação adequada da extensão da coisa julgada é imposição do Estado Constitucional. Afinal, “[p]ara além de outros requisitos, qualquer restrição ou intervenção restritiva em um direito fundamental só passa o teste de constitucionalidade se se puder sucessivamente demonstrar que é apta para realizar um fim legítimo e de peso superior ao direito fundamental em questão (...)”²⁷. Todos os Poderes da República estão vinculados aos direitos fundamentais, sendo que a sua tutela é a razão de ser daqueles²⁸. Nesse sentido, tanto a proteção da liberdade como a da segurança não pode ser excessiva (*untermassverbot*) nem deficiente (*ubermassverbot*).

Se as decisões incidentais que resolvem questões prejudiciais podem revestir-se da autoridade da coisa julgada, desde que observados os requisitos que a liberdade impõe, então excluir tais decisões daquele manto, sem razões suficientes que sustentem tal exclusão, implica uma proteção excessiva da liberdade ou uma proteção deficiente da segurança. E, logo, por desproporcional, configura

24 “Desde que, atento à exigência de segurança no comércio jurídico, à necessidade de estabilização das situações litigiosas ou incertas, confere o legislador a certos pronunciamentos judiciais essa particular autoridade, que os imuniza a ulteriores controvérsias, põe-se o problema relativo à fixação das condições cujo implemento se há de requerer para a produção do fenômeno. À lei é dado usar de maior ou menor rigor na especificação dos requisitos necessários ao surgimento da *res iudicata*, ou – o que é dizer o mesmo – restringir-lhe ou dilatar-lhe o âmbito de manifestação.” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *ob. cit.*, p. 61.

25 Não se está a tratar dos diferentes graus de estabilidade que o legislador pode estabelecer a diferentes tipos de decisões judiciais, para o que, por óbvio, há margem para criatividade legislativa. Pois, em se tratando de decisões materialmente distintas, não é necessário que os seus efeitos sejam idênticos. Cf. CABRAL, Antonio do Passo - *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4º ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 60-61. CAVALCANTI, Marcos de Araújo - *Coisa julgada & questões prejudiciais – limites objetivos e subjetivos*. *ob. cit.*, p. 301.

26 ÁVILA, Humberto - *Teoria dos princípios*. 21.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 188.

27 REIS NOVAIS, Jorge - *Direito fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 101.

28 CANARIS, Claus-Wilhelm - *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 23.

inconstitucionalidade. É preciso definir o grau de proteção constitucionalmente adequada – nem mais, nem menos – do direito fundamental à coisa julgada.

Conclusão

A falta de critérios precisos para a identificação dos limites da autoridade do caso julgado tem gerado falsos negativos (deixar de reconhecer a força obrigatória de decisões anteriores que justificadamente deveriam impactar na causa posterior) e falsos positivos (reconhecer o impacto de decisões anteriores sem uma justificativa rigorosamente admissível no Estado Constitucional, seja por não observar a máxima segurança material possível, seja por ignorar a mínima liberdade processual necessária).

A presente proposta segue uma tradição teórica bastante cara aos sistemas jurídicos de família romano-germânica, preconizando pela máxima efetividade desse direito fundamental à coisa julgada, derivado, em última instância, do próprio Estado Constitucional de Direito. Na ponderação em abstrato dos valores constitucionais em questão, procurou-se demonstrar a necessidade de conferir à coisa julgada o seu efeito ótimo. A saber: proporcionar a máxima segurança material possível, assegurando, ao mesmo tempo, a mínima liberdade processual necessária.

O fundamento teórico para tal extensão substitui a pergunta “até onde vai a coisa julgada?” por outras duas: “acerca do quê as partes litigam?” e “o quê o juiz efetivamente decidiu?”

Essas duas perguntas trazem à luz que a coisa julgada não se restringe ao pedido, formulado na petição inicial, mas vai até todos os seus pressupostos a cujo respeito houverem as partes controvertido, com participação argumentativa e probatória, acerca dos quais o juiz houver expressa e fundamentadamente decidido²⁹.

Conclui-se afirmando que a extensão às questões prejudiciais decididas encontra o ponto ótimo da conformação jusfundamental da coisa julgada. Restringi-la significa proteção deficiente da segurança material; ampliá-la representa proteção deficiente da liberdade processual.

29 Afinal, a tutela jurisdicional não se restringe à porção da petição inicial intitulada “pedido” – ou sequer estritamente à petição inicial. Restringe-se, isto sim, ao objeto litigioso, onde quer que ele se encontre – mesmo que, na defesa, nomeadamente nos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, suscitados pelo réu. Se o pedido principal é derivado de uma premissa condicionante acerca da qual há controvérsia judicializada, então há, em verdade, um pedido incidental acerca dessa premissa. Tal pedido incidental pode tanto ser formulado pelo autor (que, ante a alegação em defesa controvertendo uma premissa da questão principal proposta, postula que a questão prejudicial seja decidida para que se lhe possa atribuir o objeto da questão principal), como pelo réu (que, ao questionar alguma premissa condicionante do pedido principal, postula que o julgamento deste último termine prejudicado, rejeitando-se ao autor o objeto da questão principal).

Bibliografia

ANTUNES VARELA, João de Matos [et al.] – *Manual de Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1985.

ÁVILA, Humberto – *Teoria da segurança jurídica*. 6.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

ÁVILA, Humberto – *Teoria dos princípios*. 21.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

BAINI, Gustavo Martins – Aspectos da responsabilidade extracontratual da Administração Pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – sujeição ativa e passiva. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Ano XXXVIII, N 122 (jun. 2011).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese (Livre-docência em Direito Judiciário Civil). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1967.

BAUMAN, Zygmunt – Liberdade e segurança: um caso de Hassliebe. In DESSAL, Gustavo; BAUMAN, Zygmunt – *O retorno do pêndulo: sobre a psicanálise e o futuro do mundo líquido*. Tradução: Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo – *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo – *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4.^a ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO MENDES, João de – *Manual de processo civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo – *Coisa julgada & questões prejudiciais – limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: RT, 2019.

DIDIER Jr., Fredie (org.) – *Relativização da coisa julgada*. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LUHMANN, Niklas – *Legitimação pelo procedimento* (1969). Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Rev. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme – *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARIOTTI, Alexandre – *Princípio do devido processo legal*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MATTOS, Sergio Wetzel – *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NIEVA-FENOLL, Jordi – *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre. V 26, N 26 (2017). DOI: 10.22456/0104-6594.74203. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74203>. Acesso em: 6 fev. 2024.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *Formalismo no processo civil*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISANI, Andrea Proto – *Lezioni di diritto processuale civile*. 6.^a ed. Napoli: Jovene, 2021.

REIS NOVAIS, Jorge – *Direito fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

VITORELLI, Edilson – O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte. N 72 (jan./jun. 2018), pp. 187-217.

WASSERMAN, Rhonda – *Procedural Due Process – a reference guide to the United States Constitution*. Connecticut: Greenwood, 2004.

LA ACTUAL PROBLEMÁTICA DE LA RESIDENCIA FISCAL EN LA TRIBUTACIÓN DE LOS NÓMADAS DIGITALES EN EL PLANO INTERNACIONAL

*Johnny Pacheco-Castro**

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación al concepto de un nómada digital. 3. ¿Qué es la residencia en el contexto de la tributación internacional?. 3.1. La vivienda permanente. 3.2. El centro de los intereses vitales. 3.3. Lugar de vivienda habitual. 3.4. Nacionalidad. 3.5. Procedimiento mutuo. 4. Problemática de los nómadas digitales en la tributación internacional. 4.1. La falta de residencia fiscal por parte de los nómadas digitales. 4.2. La carrera hacia el fondo por parte de los Estados por la atracción de los nómadas digitales. 4.3. La adquisición de residencias. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo contestar cuales son los desafíos que traen los nómadas digitales al Derecho Tributario Internacional. Para ello iniciará con una sección aproximándose a una definición de que corresponde un nómada digital. Seguidamente la segunda sección de este escrito tiene como objetivo el contextualizar al lector que corresponde la residencia fiscal para efectos del Derecho Tributario Internacional. Y, por último, una última sección revelará los problemas de estudio del Derecho Tributario Internacional a los nómadas digitales para el futuro.

Palabras clave: Nómadas digitales – Residencia fiscal – Derecho Tributario Internacional.

* Abogado en Costa Rica. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, Máster en Derecho Tributario Internacional por la Universidad de Economía de Viena (Wirtschaftsuniversität Wien), Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y Especialista en Práctica y Asesoría Tributaria por la Universidad Fundepos. E-mail: johnny.pacheco@rai.usc.es

Abstract: This article aims to answer what are the challenges that digital nomads bring to International Tax Law. To do so, it will begin with a section to approach a definition of what corresponds to a digital nomad. Then the second section of this paper aims to contextualize the reader that corresponds to tax residence for the purposes of International Tax Law. And finally, a last section will reveal the problems of study of International Tax Law to digital nomads for the future.

Keywords: Digital nomads – Tax residency – International Tax Law.

1. Introducción

La pandemia del COVID-19 realizó cambios a las formas y lugares en donde se pueden realizar las labores por parte de las personas físicas tanto en régimen de dependencia o en trabajo autónomo. Aunque si bien el fenómeno del nómadismo digital no era algo popular ya era existente, pero, fue en la pandemia que este tuvo relevancia. Este fenómeno ha también introducido desafíos al ámbito del Derecho Tributario Internacional en especial a las reglas de determinación de la residencia fiscal. Por lo cual, la pregunta de investigación que este artículo tendrá como objetivo de resolver corresponde a: ¿Cuáles son los desafíos que traen los nómadas digitales al Derecho Tributario Internacional?

Como se observará este trabajo se divide en tres secciones. La primera tiene como objetivo el buscar una aproximación al concepto de nómada digital. Dentro dicha sección se analizará a su vez la realidad que se observa con los nómadas digitales que son individuos que buscan movilizarse a países en vías de desarrollo con el objetivo de disfrutar de un estilo de vida económico manteniendo los ingresos de su anterior país. La segunda sección tiene como objetivo el analices de las normas de residencia fiscal dentro del Modelo de la OCDE para evitar la doble imposición. Dicha sección contemplará la problemática que cuenta el Modelo al no tener una definición única de residencia fiscal dejando a la legislación interna de los países. La última sección tiene como objetivo el identificar las problemáticas existentes que presentan los nómadas digitales al Derecho Tributario Internacional y con ello contestar la interrogante de investigación establecida para este artículo.

La aproximación metodológica escogida consiste a una investigación cualitativa. La información será recabada, en especial para la sección de 4.2. de los textos legales en las páginas oficiales de los gobiernos y cuando no sea así se tomarán de medios de comunicación masiva. Para la sección 3 y los ejemplos dados se analizará conforme al Modelo de la OCDE para evitar la doble imposición¹ y sus comentarios obviando lo dispuesto en el instrumento firmado entre España y Portugal debido a que no viene al caso por ser una explicación del funcionamiento general del Modelo.

2. Aproximación al concepto de un nómada digital

El término de nómada digital fue usado por primera vez por MAKIMOTO y MANNERS en 1997 y posteriormente fue descrito como fenómeno social por parte de MÜLLER². Según HANNONEN un nómada digital describe a una categoría de profesionales remotos que realizan sus labores de forma remota desde

1 OECD – *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. ISBN 978-92-64-28794-5. La versión en español, traducida por el Instituto de Estudios Fiscales (de España) puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>.

2 CHEVTAEVA, Ekaterina; DENIZCI-GUILLET, Basak – Digital nomads' lifestyles and coworkation. *Journal of Destination Marketing & Management* [En línea]. ISSN 2212-571X. V 21 (2021). [29.07.2024]. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2212571X21000810?via%3Dihub>.

cualquier parte del mundo y nomadismo digital es se refiere al estilo de vida que es utilizado por parte de dichos individuos³. Proponiendo la siguiente definición de nómada digital “refiriéndose a una clase emergente de profesionales muy móviles, cuyo trabajo es independiente de la ubicación. Así, trabajan mientras viajan de forma (semi)permanente y viceversa, formando un nuevo estilo de vida móvil”⁴.

Para la fiscalidad internacional un nómada digital puede entenderse como el individuo que se traslada de forma constante entre jurisdicciones sin contar con una base fija de negocios en una jurisdicción. En cambio, un trabajador remoto, aunque similar, se traslada de una jurisdicción a otra de forma prolongada o indefinida⁵.

A diferencia del *brain drain* tradicional, la movilidad de los nómadas digitales supone el traslado de países desarrollados a países en vías de desarrollo⁶. Uno de los motivos por los cuales sucede esto corresponde a la posibilidad de disfrutar de una buena calidad de vida en un presupuesto más bajo que en países desarrollados⁷. Pues, es un grupo económico que busca mantener ciertos estándares de calidad de vida teniendo como idea para lograrlo un gasto menor que tendrían en países desarrollados.

Esto ha ocasionado la competencia entre los países en vías en desarrollo, como se verá en las líneas siguientes, donde los países de la región latinoamericana han optado por estrategias de no sujeción o exención para la atracción de estos grupos de individuos.

3. ¿Qué es la residencia en el contexto de la tributación internacional?

Para efectos del presente artículo utilizaremos los conceptos recogidos en el Modelo para evitar la doble imposición de la OCDE. El motivo de lo anterior es que ha fungido como texto base para tanto los países a la hora de negociar sus tratados internacionales (con excepción de Estados Unidos de América que ha desarrollado su propio manual para sus negociadores) y para académicos los cuales han partido del Modelo para su estudio. Para determinar la residencia fiscal de una persona, el Modelo en su artículo 4, párrafo primero indica lo siguiente:

3 HANNONEN, Olga – In search of a digital nomad: defining the phenomenon. *Information Technology & Tourism*. ISSN 1943-4294. V 22, N 3 (2020), pp. 335-353.

4 *Idem, ibidem*.

5 BRAUNER, Yariv. – Chapter 1: Mobility of Individuals, the “Brain Drain” and Taxation in the Digital Age. In KOSTIĆ, Svetislav V. [et al.] – *Mobility of Individuals and Workforces*. Amsterdam: IBFD, 2024. ISBN 9789087228668. pp. 3-24.

6 *Idem, ibidem*.

7 CHIRIBOGA-MENDOZA, Fidel Ricardo [et al.] – Nómadas digitales y trabajo remoto en Latinoamérica. *Revista Científica 'INGENIAR': Ingeniería, Tecnología e Investigación*. ISSN 2737-6249. V 6, N 11 (2023), pp. 1-8.

“A los efectos de este Convenio, el término ‘residente de un Estado contratante’ significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, e incluye también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales, así como los fondos de pensiones reconocidos de ese Estado. Sin embargo, este término no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.”

Antes que nada, lo importante es contextualizar la palabra persona que es utilizada por parte del Modelo. Cuando el Modelo habla de persona está hablando de una persona física o individuo que tiene la capacidad para ser obligado tributario según lo determine la legislación de cada país contratante⁸. Por lo cual, para determinar la residencia fiscal pueden existir distintas reglas no armonizadas que den lugar a fenómenos como las asimetrías híbridas o formas para crear regímenes abusivos que den lugar a la evasión fiscal.

La determinación de la residencia fiscal juega un rol principal en el marco de los tratados para evitar la doble imposición porque define cuando una persona puede acceder al tratado, reglas de para evitar la doble imposición, reglas de distribución, y para la no discriminación⁹. FALCÓN Y TELLÁ destaca que los países pueden optar para distinguir la residencia fiscal de las personas físicas en supuestos como la tenencia de una vivienda o residencia permanente, contar con actividades económicas en el territorio, pero la mayoría de los ordenamientos han decidido optar por la residencia fiscal únicamente usando un test temporal¹⁰.

En el caso de Costa Rica su legislación entiende como contribuyente a toda persona física que se encuentre domiciliada en el país o bien que realice actividades económicas en el país¹¹. España, por su lado, considera como contribuyente a las personas que tengan su residencia habitual en el territorio español permaneciendo más de 183 días durante un año natural o bien que en España se encuentre su núcleo principal o la base de sus actividades¹². En España también existe, aunque actualmente no cuenta de relevancia, la Ley Beckham, la cual da beneficios a los nuevos residentes de cumplir con las obligaciones del Impuesto de No Residentes mientras adquieren la residencia¹³. Estados Unidos consideran

8 DOURADO, Ana Paula [et al.] – Article 3. In REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 5.ª ed. Amsterdam: Kluwer, 2022. ISBN 9789403513003. Vol. I. pp. 185-240.

9 ISMER, Roland; BLANK, Katharina – Article 4. In REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 5.ª ed. Amsterdam: Kluwer, 2022. ISBN 9789403513003. Vol. I. pp. 241-330.

10 FALCÓN Y TELLÁ, Ramón – *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2019. ISBN 9788484812166.

11 REPÚBLICA DE COSTA RICA. Asamblea Legislativa – Ley de Impuesto Sobre la Renta.

12 REINADO DE ESPAÑA. Rey de España – Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

13 FALCÓN Y TELLÁ, Ramón – *ob. cit.*

a sus nacionales como también a las personas que residan dentro de su territorio como residentes para efectos tributarios¹⁴, por lo cual no es extraño ver en los primeros días de abril a nacionales estadounidenses por el mundo cumpliendo con las declaraciones, aunque lleven años de no residir en el territorio norteamericano.

Por las consideraciones temporales puede ser posible que una persona sea residente de dos países distintos o bien puede existir que por criterios diferentes una persona pueda ser considerada como residente en ambas jurisdicciones. Para ello se han desarrollado dentro del Modelo distintos criterios para determinar cuando una persona es considerada o no residente en un país sobre otro, lo que es conocido como reglas de desempate. Los comentarios al Modelo de la OCDE indican que estas disposiciones son pensadas en darle preferencia a un Estado sobre el otro cuando una persona es considerada como residente fiscal en ambas jurisdicciones¹⁵.

Ahora bien, la deficiencia que tienen estas consideraciones se presenta al no contemplar escenarios como lo pueden ser trabajadores digitales. Inicialmente, como se comentó *supra*, son individuos que se trasladan de jurisdicción en jurisdicción sin cumplir los requisitos mínimos que exija cada jurisdicción para establecer una residencia fiscal. Estamos hablando de individuos que por sus condiciones no tienen una doble residencia fiscal, o bien no cuentan con una residencia fiscal en alguna jurisdicción. Por estos motivos, las reglas de desempate establecidas en el Modelo de la OCDE no les serían aplicables.

3.1. La vivienda permanente

El primer criterio de desempate utilizado para determinar la residencia de una persona física es la vivienda permanente en uno de los Estados contratantes. La tenencia de una vivienda permanente no supone que sea un simple lugar para guardar ropa y dormir de forma ocasional, si no que ahí se ejercitan acciones del centro vital de intereses¹⁶. Adicionalmente no existe un criterio de que tipo de vivienda debe de ser, aceptándose como viviendas habitaciones de hotel, residencias habitacionales e inclusive se puede llegar a considerar vehículos como una vivienda permanente¹⁷.

Poniendo como ejemplo 'A' es un profesor de Derecho tributario de la USC y cuenta con una vivienda principal en Oporto donde reside y cuenta con un piso en Santiago de Compostela que utiliza frecuentemente para dormir y guardar sus trajes. Dentro de la legislación interna de tanto Portugal como la de España es considerado como residente fiscal. Para la resolución del caso, hay que observar

14 PWC – *United States-Individual-Taxes on personal income* [Em linha]. 2024. [29.07.2024]. Disponible en [https://taxsummaries.pwc.com/united-states/individual/taxes-on-personal-income#:~:text=The%20United%20States%20levies%20tax,business%20\(with%20certain%20exceptions\)](https://taxsummaries.pwc.com/united-states/individual/taxes-on-personal-income#:~:text=The%20United%20States%20levies%20tax,business%20(with%20certain%20exceptions).).

15 OECD – *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. ISBN 978-92-64-28794-5.

16 ISMER, Roland; BLANK, Katharina – *ob. cit.*

17 *Idem, ibidem.*

el lado subjetivo de la situación en donde 'A' cuenta con una vivienda principal en Oporto y el piso en Santiago lo utiliza para dormir. Por lo cual 'A' en este caso es considerado para efectos del tratado suscrito entre España y Portugal como residente, según lo dispuesto en el artículo 4.2.a. de dicho tratado¹⁸.

3.2. El centro de los intereses vitales

El centro de los intereses vitales toma relevancia cuando la persona cuenta con una habitación permanente en ambas jurisdicciones. El centro de intereses vitales, aunque es un concepto muy amplio y puede tener distintas variantes en lo que se considera como el centro de intereses vitales, corresponde a donde el contribuyente cuenta con sus conexiones económicas y/o personales¹⁹.

Para definir que se considera como centro de intereses vitales, debido a su amplitud, se decide primero observar donde se encuentran sus relaciones personales y después sus relaciones económicas. Por relaciones personales se considera el lugar donde se encuentra su núcleo familiar, pareja y/o hijos, o bien sus conexiones sociales, ocupacionales, políticas o culturales²⁰. Por relaciones económicas supone el lugar donde ejerza el comercio, se encuentre donde administra sus propiedades o inclusive en el país en donde perciba más salario²¹.

Se ha realizado un cuestionamiento de en qué casos pueda o no dársele prevalencia a las relaciones económicas o personales para la determinación de la residencia. En la academia se ha planteado la misma discusión, pero no se ha llegado a una solución más que la aplicación de caso a caso para determinar donde se encuentra el centro de los intereses vitales de una persona²². Así lo destaca por ejemplo FALCÓN Y TELLA, sosteniendo que las circunstancias deben de analizarse en su conjunto y tomando en consideración el comportamiento del individuo²³. En el caso de la jurisprudencia, como lo sostiene LANG en su obra, los Estados dan relevancia a los criterios personales y no a los económicos para establecer el país de residencia fiscal del individuo²⁴.

Siguiendo con nuestro profesor 'A', él cuenta con dos residencias las cuales pueden ser consideradas como principales debido al tiempo transcurrido en ambas jurisdicciones. Su familia vive habitualmente en Santiago de Compostela y es ahí donde él cuenta con su círculo cercano de amigos y donde recibe un salario considerable como catedrático de la USC. En Oporto, 'A' cuenta con una actividad

18 REINADO DE ESPAÑA. Rey de España – Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión Fiscal en materia de impuestos sobre la renta y Protocolo, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1993.

19 ISMER, Roland; BLANK, Katharina – *ob. cit.*

20 *Idem, ibidem.*

21 *Idem, ibidem.*

22 *Idem, ibidem.*

23 FALCÓN Y TELLA, Ramón – *ob. cit.*

24 LANG, Michael – *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. 3.ª ed. Viena: Linde International, 2020. ISBN 978-3-7143-0367-4.

autónoma y también se dedica a coordinar la venta de planes turísticos para peregrinos que van en rumbo a Santiago de Compostela. En este caso debe de analizarse donde se encuentra su centro de intereses vitales, siendo que su familia y su fuente principal de ingresos se encuentra en Santiago de Compostela debe determinarse que 'A' es residente español.

3.3. Lugar de vivienda habitual

El lugar de vivienda habitual rige de forma subsidiaria cuando no se puede determinar si un individuo cuenta con una residencia permanente en una de las dos jurisdicciones o bien si es imposible determinar el lugar donde se centran sus intereses vitales. El lugar de la vivienda habitual corresponde a un factor temporal donde se mide la cantidad de días y la frecuencia en que se está en una jurisdicción sobre otra jurisdicción²⁵.

Piénsese que 'A' en el test de vivienda permanente y centro vital de negocios es imposible determinar su residencia. 'A' ciertamente va a Oporto de manera más intermitente los fines de semana, uno sí y otros no, y además la vivienda de Oporto es utilizada como una casa de vacacional. En este sentido España es el país en el cual 'A' es residente fiscal sobre Portugal debido a que su vivienda habitual se encuentra en Santiago de Compostela.

3.4. Nacionalidad

Subsidiariamente si no se logra determinar si una persona cuenta con un lugar de vivienda habitual, puede usarse la nacionalidad. La adopción de la nacionalidad como criterio para establecer la conexión ha sido determinante debido a la cercanía que tiene una persona con el país del cual es nacional²⁶.

3.5. Procedimiento mutuo

Existen casos en los que una persona pueda considerarse como nacional de las dos jurisdicciones al contar con una doble nacionalidad. En estos casos el artículo 4 del Modelo de la OCDE da el paso a los países contratantes de entrar en un procedimiento mutuo regulado en el artículo 25 del Modelo donde se regula la solución de controversias entre los Estados contratantes.

En suma, para el Derecho Tributario Internacional el concepto de residencia fiscal es la conexión que cuenta un individuo con una jurisdicción lo cual lo hace obligado tributario en dicha jurisdicción. Cuando un individuo no cuenta con una residencia fiscal que pueda determinarse en alguna jurisdicción será catalogado como apatridia tributaria²⁷. Ahora bien, el Modelo de la OCDE, en vez de

25 ISMER, Roland; BLANK, Katharina – *ob. cit.*

26 *Idem, ibidem.*

27 El concepto de apatridia tributario recogido por PLAZAS VEGA, Mauricio A. – International tax law today: a view from Colombia. *European Tax Studies*. ISSN 2036-3383/8770. V 1 (2017), pp. 95-137, es

corregir esta situación o armonizar las normas de residencia entre las jurisdicciones, lo que realiza es la introducción de normas para evitar la doble residencia de las personas. Como bien explica FALCÓN Y TELLA, en la doctrina la función del artículo en cuestión es la de establecer los criterios de desempate en los casos de una doble residencia, reservando al ordenamiento interno de cada jurisdicción el establecer sus propias reglas de residencia fiscal²⁸.

4. Problemática de los nómadas digitales en la tributación internacional

4.1. La falta de residencia fiscal por parte de los nómadas digitales

La propia definición de un nómada digital supone que es una persona física la cual puede desplazarse a su voluntad y no encuentra una base fija de negocios o una vivienda habitual o permanente. Si, por ejemplo, un nómada digital viaja constantemente por el mundo y en ningún momento se encuentra en una jurisdicción por más que el período que esta tenga para considerarlo residente el nómada nunca va a llegar a ser considerado como residente. La falta de residencia fiscal ocasiona que el nómada digital no se encuentre por ninguna jurisdicción sujeto para cumplir con sus obligaciones tributarias, ocasionando que sea considerado como un apátrida tributario.

La consecuencia jurídica de una persona consiste en que ningún país tiene la capacidad de ejercer sus poderes tributarios sobre esa persona al carecer de un criterio de sujeción o nexo. Lo cual es una persona que se beneficia de ser un individuo sin obligaciones fiscales por sus ingresos recibidos. Deben de plantearse soluciones para evitar este caso de doble no tributación ya sea cambiando los requisitos para la determinación de la residencia a lapsos temporales más cortos o bien fortalecimiento de la tributación por concepto de la fuente.

4.2. La carrera hacia el fondo por parte de los Estados por la atracción de los nómadas digitales

Muchos países han estado atentos a este fenómeno e inclusive han desarrollado visas especiales para que nómadas digitales logren reubicarse y vivir en su territorio. En el caso de Costa Rica, La Ley de Nómadas Digitales dispone en su artículo 16: “Los beneficiarios tendrán exención total sobre el impuesto sobre las utilidades, definido en el título I de la Ley 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988. En ningún caso se considerará a los beneficiarios

utilizado para definir al individuo el cual no cuenta con una residencia fiscal establecida en alguna jurisdicción haciéndolo gramaticalmente más correcto que denominarlo doble no-residente.

28 FALCÓN Y TELLA, Ramón – *ob. cit.*

como residentes habituales del país para efectos tributarios, ni se considerará el ingreso que reciben del exterior como de fuente costarricense.”²⁹.

Ahora bien, los países latinoamericanos a su vez han decidido dar un paso hacia adelante y regularizar lo respectivo ante estas nuevas formas de trabajo y prestación de servicios. En el caso de Panamá se promulgó el Decreto Ejecutivo No. 198 de 7 de mayo de 2021, en el cual se otorga la visa de nómada digital cuando la persona preste servicios a empresas radicadas en el extranjero, las funciones surtan efectos en el extranjero y no sea representante o llegue a representar la compañía para actividades locales³⁰. De lo anterior se destaca que los nómadas digitales están exentos de pagar impuestos sobre los ingresos generados³¹. En el caso de Ecuador, en el Decreto Ejecutivo No. 354 de 10 de marzo de 2022, se regula en el artículo 64 la visa para rentistas remotos en los cuales uno de los requisitos es que la persona tenga una empresa en el exterior o preste servicios a empresas radicadas en el exterior³². Con respecto al Impuesto Sobre la Renta actualmente no pagan dicho impuesto³³. En el caso brasileño la legislación está ideada para que el nómada digital que opte por la visa no se convierta en residente para efectos del Impuesto Sobre la Renta por permanecer un menor tiempo del requerido para crear el nexo fiscal³⁴. En el caso de México los nómadas digitales se encontrarían sujetos a obligación en dicho país cuando sean considerados como extranjeros residentes que obtengan más del 50% de sus ingresos en México o bien su base fija de negocios sea México³⁵.

Como puede observarse, los países que cuentan con un régimen de nómada digital han optado por exentar o no sujetar a los futuros adquirientes de la visa a la imposición sobre la renta. Para ello han optado de no considerar como residentes para efectos fiscales a los adquirientes de estas visas ya sea por disposición expresa o bien por conceder los permisos por un tiempo inferior al requisito de la normativa para ser considerado como residente fiscal. A nivel mundial se ha visto que estos sistemas han sido ideados para crear excepción a la regla de residencia fiscal con la que cuenta cada normativa interna³⁶. Algo que

29 REPÚBLICA DE COSTA RICA. Asamblea Legislativa – Ley para atraer trabajadores y prestadores remotos de servicios de carácter internacional (nómadas digitales).

30 REPÚBLICA DE PANAMÁ. Ministerio de Seguridad Pública – Que crea la visa de corta estancia como trabajador remoto, y se dictan otras disposiciones.

31 KRAEMER & KRAEMER – *Visa para nómadas digitales de Panamá* [Em linha]. 2021. [29.07.2024]. Disponible en <https://kraemerlaw.com/es/inmigracion/visa-para-nomadas-digitales-de-panama/>.

32 REPÚBLICA DE ECUADOR. Presidente Constitucional de la República – Decreto No. 354 (expídese el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana).

33 OLSEN, Niels – *Los nómadas digitales no pagarán impuesto a la renta* [Em linha]. 2021. [29.07.2024]. Disponible en <https://www.expreso.ec/actualidad/economia/niels-olsen-nomadas-digitales-pagaran-impuesto-renta-110899.html>.

34 THOMAZ PIGNATARI, Leonardo – The Taxation of ‘Digital Nomads’ and the ‘3 W’s’: Between Tax Challenges and Heavenly Beaches. *Intertax*. ISSN 0165-2826. V 51, N 5 (2023), pp. 384-396.

35 EL FINANCIERO – *Nómadas digitales en México: ¿Qué impuestos deben pagar?* [Em linha]. 2023. [29.07.2024]. Disponible en <https://www.elfinanciero.com.mx/mis-finanzas/2023/09/16/nomadas-digitales-en-mexico-que-impuestos-deben-pagar/>.

36 *Idem, ibidem*.

ha sido criticado porque la residencia fiscal de las personas ahora es categorizada como un activo más³⁷, creando posiblemente esquemas abusivos los cuales pueden ir en detrimento de los países latinoamericanos.

Sin importar las consideraciones que se sigan, es de notar que los países han optado por garantizar esta posibilidad de visa siempre y cuando las empresas a las cuales se presten los servicios sean extranjeras. En suma, se puede concluir que se ha dado una carrera hacia el fondo por parte de los países de renunciar expresamente a los derechos de tributación aún y cuando los ingresos puedan considerarse como de fuente de los propios países.

4.3. La adquisición de residencias

Otra de las problemáticas encontradas en cuanto a la residencia fiscal de los nómadas digitales corresponde a la adquisición de residencias. Como apunta KOSTIĆ, existen jurisdicciones las cuales permiten la adquisición de residencias por concepto de inversión, lo cual automáticamente no hace a una persona residente tributario este se puede convertir en residente tributario posteriormente y así acceder a la red de tratados internacionales para evitar la doble tributación³⁸. Pues bien, en este caso piénsese a un nómada digital que adquiere una residencia por inversión de un país con baja tributación para las personas físicas y con el acceso a la red de tratados internacionales puede abusar de su derecho convirtiéndose un nómada digital cuando de no ser por otro motivo no hubiera adquirido la residencia.

5. Conclusiones

El concepto de nómada digital debe de acercarse al concepto recogido por parte de HANNONEN y entenderse como ese grupo de profesionales los cuales por la utilización de medios tecnológicos deciden vivir un estilo de vida que les permita viajar constantemente. A como es recogido por parte de BRAUNER, el nómada digital va a ser el individuo que se moviliza entre jurisdicciones de forma permanente con el objetivo de evitar establecer una residencia fiscal o una base fija de negocios en el país que escoge de acogida. Consecuentemente este rasgo es el que lo diferencia de otros trabajadores remotos los cuales si logran establecer una residencia fiscal o bien base fija de negocios en las jurisdicciones de acogida. Por último, se evidencia en la academia que se da un fenómeno de *brain drain* inverso entendido como la migración de países con alto índices de desarrollo a países del sur global.

La residencia fiscal para el Derecho Tributario Internacional se encuentra delegada por parte del Modelo para evitar la doble imposición por parte de la OCDE para la legislación interna de los países. Los países son libres de elegir sus

37 KOSTIĆ, Svetislav V. – In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties. *World Tax Journal*. ISSN 2352-9237. V 11, N 2 (2019), pp. 189-225.

38 *Idem, ibidem*.

reglas para determinar cuándo un individuo debe de ser sometido a sus reglas de tributación. En el mundo puede hablarse de dos tipos de consideraciones para que una persona sea categorizada como contribuyente ya sea por un límite temporal o debido a su nacionalidad. Esto puede acarrear que dentro de los distintos ordenamientos jurídicos se puedan encontrar causales dispersas para considerar a una persona como contribuyente o no. Lo que recoge el Modelo es una lista para determinar cuando una persona que tenga dos residencias fiscales tenga prioridad de una residencia sobre la otra.

Siguiendo la definición de un nómada digital y con el estudio realizado a la residencia fiscal dentro del Derecho Tributario Internacional se puede hablar de distintas problemáticas que han de ser estudiadas a futuro para minimizar las consecuencias negativas a los ordenamientos jurídicos. En primer lugar, los nómadas digitales a la hora de contar un estilo de vida que implica la movilidad constante puede que se consideren como apátridas tributarios. En segundo lugar, y tomando como ejemplo lo realizado en años recientes por los países latinoamericanos, hay una carrera hacia el fondo con el objetivo de la atracción de estos individuos a sus territorios. Como se puede observar al analizar los textos legales los países deciden exonerar o no sujetar a estos individuos a tributación cuando se radiquen dentro del territorio pero que le presten servicios a empresas o personas extranjeras. Este tipo de competencia ha ya sido analizada como perjudicial por la OCDE y que dio como resultado el pilar segundo de BEPS 2.0. Por último, los países con el objetivo de atraer inversores han tenido programas de residencia por inversión lo cual le da acceso a la red de tratados internacionales a individuos que de otra forma no residirían en dichos países generando situaciones de abuso de Derecho.

6. Referencias bibliográficas

BRAUNER, Yariv. – Chapter 1: Mobility of Individuals, the “Brain Drain” and Taxation in the Digital Age. In KOSTIĆ, Svetislav V. [et al.] – *Mobility of Individuals and Workforces*. Amsterdam: IBFD, 2024. ISBN 9789087228668. pp. 3-24.

CHEVTAEVA, Ekaterina; DENIZCI-GUILLET, Basak – Digital nomads’ lifestyles and coworkation. *Journal of Destination Marketing & Management* [En línea]. ISSN 2212-571X. V 21 (2021). [29.07.2024]. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2212571X21000810?via%3Dihub>.

CHIRIBOGA-MENDOZA, Fidel Ricardo [et al.] – Nómadas digitales y trabajo remoto en Latinoamérica. *Revista Científica ‘INGENIAR’: Ingeniería, Tecnología e Investigación*. ISSN 2737-6249. V 6, N 11 (2023), pp. 1-8.

DOURADO, Ana Paula [et al.] – Article 3. In REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 5.^a ed. Amsterdam: Kluwer, 2022. ISBN 9789403513003. Vol. I, pp. 185-240.

EL FINANCIERO – *Nómadas digitales en México: ¿Qué impuestos deben pagar?* [Em linha]. 2023. [29.07.2024]. Disponible en <https://www.elfinanciero.com>.

mx/mis-finanzas/2023/09/16/nomadas-digitales-en-mexico-que-impuestos-deben-pagar/.

FALCÓN Y TELLA, Ramón – *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2019. ISBN 9788484812166.

HANNONEN, Olga – In search of a digital nomad: defining the phenomenon. *Information Technology & Tourism*. ISSN 1943-4294. V 22, N 3 (2020), pp. 335-353.

ISMER, Roland; BLANK, Katharina – Article 4. In REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 5.^a ed. Amsterdam: Kluwer, 2022. ISBN 9789403513003. Vol. I, pp. 241-330.

KOSTIĆ, Svetislav V. – In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties. *World Tax Journal*. ISSN 2352-9237. V 11, N 2 (2019), pp. 189-225.

KRAEMER & KRAEMER – *Visa para nómadas digitales de Panamá* [Em linha]. 2021. [29.07.2024]. Disponible en <https://kraemerlaw.com/es/inmigracion/visa-para-nomadas-digitales-de-panama/>.

LANG, Michael - *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. 3.^a ed. Viena: Linde International, 2020. ISBN 978-3-7143-0367-4.

OECD - *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. ISBN 978-92-64-28794-5.

OLSEN, Niels – *Los nómadas digitales no pagarán impuesto a la renta* [Em linha]. 2021. [29.07.2024]. Disponible en <https://www.expreso.ec/actualidad/economia/niels-olsen-nomadas-digitales-pagaran-impuesto-renta-110899.html>.

PLAZAS VEGA, Mauricio A. – International tax law today: a view from Colombia. *European Tax Studies*. ISSN 2036-3383/8770. V 1 (2017), pp. 95-137.

PWC – *United States-Individual-Taxes on personal income* [Em linha]. 2024. [29.07.2024]. Disponible en [https://taxsummaries.pwc.com/united-states/individual/taxes-on-personal-income#:~:text=The%20United%20States%20levies%20tax,business%20\(with%20certain%20exceptions\)](https://taxsummaries.pwc.com/united-states/individual/taxes-on-personal-income#:~:text=The%20United%20States%20levies%20tax,business%20(with%20certain%20exceptions)).

REINADO DE ESPAÑA. Rey de España – Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

REINADO DE ESPAÑA. Rey de España – Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión Fiscal en materia de impuestos sobre la renta y Protocolo, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1993

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Asamblea Legislativa – Ley de Impuesto Sobre la Renta.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Asamblea Legislativa – Ley para atraer trabajadores y prestadores remotos de servicios de carácter internacional (nómadas digitales).

REPÚBLICA DE ECUADOR. Presidente Constitucional de la República – Decreto No. 354 (expídesse el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana).

REPÚBLICA DE PANAMÁ. Ministerio de Seguridad Pública – Que crea la visa de corta estancia como trabajador remoto, y se dictan otras disposiciones.

THOMAZ PIGNATARI, Leonardo – The Taxation of ‘Digital Nomads’ and the ‘3 W’s’: Between Tax Challenges and Heavenly Beaches. *Intertax*. ISSN 0165-2826. V 51, N 5 (2023), pp. 384-396.

A DIVISÃO ADMINISTRATIVA DE PORTUGAL. PASSADO, PRESENTE E FUTURO

*Mateus Manuel Arezes Neiva**

Sumário: 1. Introdução. 2. A divisão administrativa no período anterior à Monarquia Constitucional. 3. A divisão administrativa no período da Monarquia Constitucional. 4. A divisão administrativa no período da República. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: A divisão administrativa de um Estado assume uma grande importância, independentemente das características e dimensão do seu território e designação. Ao longo dos tempos e até à atualidade, o território português teve várias divisões administrativas, bem como níveis de hierarquização das mesmas, algumas das quais não se identificaram com a realidade, nem constituíram a melhor solução. A província constituiu a primeira divisão administrativa, ainda enquanto território inserido na Península Ibérica, sob o domínio do *Imperium Romanum* e, não obstante ter sido substituída pelo distrito no período do liberalismo, voltaria a ser implementada, ainda que num curto período.

A província, a comarca e o distrito constituíram as divisões de maior dimensão e importância, as quais estavam por sua vez subdivididas noutras de menor dimensão, que, consoante os períodos histórico-políticos, foram sendo qualificadas ora como autarquias locais, ora como meras circunscrições administrativas.

Entre as divisões de menor dimensão, encontramos os concelhos, os coutos, as honras, os préstamos, os julgados, os meirinhados, as paróquias e as freguesias. Atualmente, o território português encontra-se dividido apenas em concelhos e freguesias, em virtude de a Constituição de 1976 ter substituído o distrito pela região administrativa, que, não obstante o decurso temporal, continua por implementar.

* Licenciado em Direito, Pós-graduado em Direito das Autarquias Locais e Urbanismo e Mestre em Direito das Autarquias Locais. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Jurista, Chefe da Divisão Jurídica do Município de Barcelos e Docente do Ensino Superior. E-mail: mateusneiva1970@gmail.com

Com a qualificação do distrito como mera circunscrição administrativa e com a não implementação da região, a divisão do território conta com apenas dois níveis/categorias de autarquias locais.

Palavras-chave: Província – Distrito – Região administrativa – Divisão administrativa – Autarquia local e circunscrição administrativa.

Abstract: The administrative division of a State is of great importance, regardless of the characteristics and size of its territory and designation.

Over time and until today, the Portuguese territory has had several administrative divisions, as well as levels of hierarchy, some of which did not identify with the reality, nor did they constitute the best solution.

The province constituted the first administrative division, still as a territory within the Iberian Peninsula, under the rule of the Imperium Romanum, and, despite having been replaced by the district during the period of liberalism, it would be implemented again, albeit for a short period of time.

The province, the judicial district and the district constituted the largest and most important divisions, which in turn were subdivided into smaller ones that, depending on the historical-political periods, were classified as local authorities, and sometimes as mere administrative circumscriptions.

Among the smaller divisions we find the councils, the *coutos*, the *honras*, the *préstamos*, the *julgados*, the bailifship, and the parishes.

Currently, the Portuguese territory is merely divided into municipalities and parishes, as the 1976 Constitution replaced the district with the administrative region, which, despite the passage of time, remains to be implemented.

With the qualification of the district as a mere administrative district and the non-implementation of the region, the division of the territory has only two levels/categories of local authorities.

Keywords: Province – District – Administrative region – Administrative division – Local authorities and administrative district.

1. Introdução

A divisão administrativa assume uma importância determinante, sejam quais forem as características e a dimensão do seu território, bem como a sua designação.

O termo *Estado* provém do latim *Status* e, não obstante serem várias as aceções, as de maior destaque são a internacional, a constitucional e a administrativa.

Na aceção internacional, aparece como um ente soberano, detentor de direitos e obrigações na ordem internacional, ao passo que, na aceção constitucional, surge como sendo uma comunidade de cidadãos que, nos termos do poder constituinte que a si próprio atribui, assume uma forma política para a prossecução dos seus fins.

Já na aceção administrativa, o Estado surge como uma pessoa coletiva de direito público que, numa comunidade, um governo promove uma atividade administrativa.

No que respeita aos elementos que o compõem, não existe unanimidade, em virtude de alguns autores defenderem que são o território, o povo e o poder político¹, ao passo que outros consideram apenas o povo e o poder político, pelo facto de o território não constituir um elemento do Estado, mas sim a condição da sua existência².

Independentemente da conceção a perfilhar, o território assume uma importância determinante, pelo que conjuntamente com a população e o poder político constituem os elementos fundamentais do Estado³.

Por sua vez, o território constitui a área geográfica que o Estado tem num determinado período histórico, no qual os seus órgãos têm o poder de impor a sua autoridade, definindo, assim, o âmbito das suas atribuições e competências⁴.

Dada a importância que assume no seio do Estado, o mesmo tem sido objeto de consagração constitucional de modo descritivo, sempre que enumera as partes que o integram, e genérico, quando tal não sucede.

A divisão administrativa constitui um dos elementos mais importantes da administração do Estado, pelo que esta e a circunscrição administrativa não se devem confundir, sendo o melhor critério a observar para o efeito o geográfico ou natural.

A divisão administrativa constitui a mais antiga nomenclatura territorial estabelecida por lei, ao passo que a circunscrição administrativa constitui uma zona territorial fixada para efeitos de administração local, segundo critérios

1 Vd. AMARAL, Diogo Freitas do – Estado. *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo Editora, 1987. ISBN: 978-972-22-0006-6. Vol. II. p. 1128.

2 Vd. MIRANDA, Jorge – Território. *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo Editora, 1987. ISBN: 972-22-0009-7. Vol. V. p. 1987.

3 Vd. FERREIRA, Joaquim – *Organização Política e Administrativa da Nação*. Porto: Edição Domingos Barreira, 1942. p. 13.

4 Vd. CAETANO, Marcello – *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ª edição, revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1972. ISBN: 978-972-40-0517-1. Tomo I. p. 127.

que têm subjacente fatores de natureza política, social e territorial, suscetíveis de modificação⁵.

2. A divisão administrativa no período anterior à Monarquia Constitucional

Ao longo dos tempos, Portugal teve várias divisões, quer geográficas, quer administrativas, desde logo enquanto *território* integrado na Península Ibérica e mais tarde, no Condado Portucalense que daria origem ao Estado português, aquando da sua independência da Província do Reino de Leão, a 5 de outubro de 1143.

A divisão administrativa predominante durante um longo período foi a província, cuja génese remonta ao período do *Imperium Romanum*, no século II A.C.⁶

No ano de 197 A.C., a Península Ibérica foi dividida em duas províncias, a Hispânia Citerior e a Hispânia Ulterior, tendo esta última sido dividida nas províncias da Lusitânia e Bética, aquando das reformas promovidas pelo Imperador Augusto no ano de 27 A.C.

No mesmo ano, a província de Hispânia Citerior foi substituída pela província de Tarraconenses.

A província constituía a maior divisão administrativa do *Imperium Romanum*, situada entre o poder central e o local (cúrias), com autonomia e atribuições próprias⁷.

As províncias foram por sua vez divididas em *conventus publicus vicinorum* e em *civitates*, e estas subdividiam-se em *municipias* e *coloniaes*⁸.

Em território português, foram três os *conventus*: i) *Bracarum*, com sede em Braga; ii) *Scallabitanus*, com sede em Santarém, e iii) *Pacensis*, com sede em Beja.

Em finais do século II A.C., o imperador Diocleciano promoveu uma nova reforma, tendo criado a província da *Gallaecia*, que passou a abranger os *conventus* de *Bracarum*, *Lucus* e *Asturica*, anteriormente pertencentes à província de *Tarraconensis*⁹.

Em 300 D.C., a Península Ibérica estava dividida em 5 províncias: i) Galécia; ii) Lusitânia; iii) Tarraconenses; iv) Bética; e v) Cartaginenses.

Após a guerra contra os asturianos e os cantabros, as províncias sofreram alguns ajustamentos no que concerne aos limites¹⁰.

5 Vd. AMARAL, Manuel Nunes – A Circunscrição. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Edição de Autor, 1990, ISBN: 978-004-05-9190-4. Vol. II. pp. 431-432.

6 Vd. SERRÃO, Joel; MARQUES, António Henrique de Oliveira – *Portugal. Das Origens à Romanização*. Lisboa: Editorial Presença, 1990. ISBN: 978-972-23-1313-1. pp. 345-346.

7 Vd. DIAS, José António Rajani Oliveira – *O Municipalismo em Portugal, Brasil e Cabo Verde*. Odivelas: Edições OD&F, 2006. ISBN: 978-989-20-0352-8. p. 89.

8 Vd. FIGUEIREDO, Ernesto Valério Soares – *Portugal que Regiões?* Braga: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1988. p. 185.

9 Vd. MARQUES, António Henrique de Oliveira – *História de Portugal*. 9.ª edição. Lisboa: Palas Editores, 1980. ISBN: 978-972-23-2189-1. Vol. I. p. 27.

10 Vd. MARTIN, Jean-Pierre – *As Províncias Romanas da Europa Ocidental e Central. De 31 A.C. a 235 D.C.* Lisboa: Publicações Europa-América, 1999. p. 97.

O atual território português estava repartido pelas províncias de Tarraconenses e Lusitânia, não obstante alguns autores defenderem que a margem esquerda do Guadiana integrava a província de Bética.

No período das invasões bárbaras, os visigodos adotaram como divisão a *civitas*, e o *territorium*, ao passo que, no período da conquista pelos muçulmanos, o território voltou a ser dividido em províncias (*Kuwar*) e estas subdivididas em concelhos (*Kurar*).

No tempo da reconquista, a divisão administrativa assentava em províncias, que se subdividiam em unidades menores designadas como terras ou territórios, havendo ainda os bispados de natureza religiosa constituídos por paróquias.

Neste período, ocorreu a concessão de forais pelo rei e senhorios laicos ou eclesiásticos a cidades e vilas, extintos por Decreto de Mouzinho da Silveira em 1832.

Esta divisão foi implementada inicialmente a norte, expandindo-se para sul com o avanço da reconquista, passando a abranger a totalidade do território continental.

Na Idade Média, a divisão administrativa era caracterizada pela irregularidade, sendo várias as designações utilizadas, tais como concelhos, coutos, honras, préstamos, julgados, meirinhados e comarcas.

No período do Condado Portucalense, a divisão administrativa era constituída por uma província e comarcas, correspondente à atual área entre o Minho e Douro.

O reconhecimento oficial mais antigo da divisão administrativa do país, de que existe registo, só apareceu em 1299, no testamento do rei D. Dinis (1279/1325), segundo o qual Portugal encontrava-se dividido em cinco regiões, designadas de comarcas: i) *D'Antre Douro e Minho*; ii) *D'Antre Douro e Mondego*; iii) *Beira*; iv) *Estremadura*; e v) *D'Antre Tejo e Odiana*, cujos limites foram oscilando¹¹.

As comarcas constituíam divisões administrativas e militares, com atribuições de natureza judicial, administrativa e fiscal e cuja génese remonta ao século XIV.

Mais tarde, o rei D. Afonso IV (1325/1357) instituiu seis comarcas, as cinco existentes e a comarca do Algarve. Já no reinado de D. João I (1385/1433), a Lei de 30 de agosto de 1406, relativa aos coutos de homiziados, mencionava a existência de sete comarcas, as seis já enumeradas mais a comarca de *Além d'Odiana*, entretanto criada.

A divisão administrativa passou a reger-se pelas Ordenações Afonsinas (1.º código português), promulgadas pelo rei D. Afonso V (1438/1481) em 1446.

Seguiram-se as Ordenações Manuelinas e Filipinas, bem como as Ordenações e as Leis extravagantes de D. Duarte, que mantiveram a divisão administrativa.

Por Carta Régia de 17 de julho de 1527, o rei D. João III (1521/1557) ordenou o levantamento dos habitantes das cidades, vilas e demais lugares das

11. *Vd. RIBEIRO, Orlando – A Divisão Regional de Portugal. Elaboração Progressiva de Um Sistema Geográfico de Divisão. Opúsculos Geográficos. 2.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. ISBN: 978-972-31-0495-0. Tomo III. p. 731.*

comarcas, existindo à data seis comarcas, em virtude da extinção da comarca de *Além Odiana*.

Em 1599, as comarcas foram substituídas pelas províncias, em igual número, constituídas por comarcas, tendo ocorrido alguns ajustamentos quanto aos limites e sendo a denominação *Odiana* substituída pela de *Guadiana*¹².

A 1 de dezembro de 1640, ocorre a restauração da independência de Portugal, pondo fim à monarquia dualista da dinastia filipina, iniciada em 1580, tendo o rei D. João IV (1640/1656) promovido uma reorganização militar idêntica à divisão administrativa.

No reinado da rainha D. Maria I (1777/1816), a divisão administrativa foi objeto de revisão pela Carta de Lei de 19 de julho de 1790 e pelo Alvará de 7 de janeiro de 1792, contudo, os trabalhos viriam a ficar comprometidos pelas invasões francesas¹³.

A Carta de Lei de 19 de julho de 1790 suprimiu as jurisdições dos donatários e procedeu à extinção das ouvidorias, que viriam a transformar-se em comarcas¹⁴.

Em 1798, ocorreu um reordenamento territorial, tendo a província de *Entre Tejo e Guadiana*, passado a designar-se *Alentejo*.

Em 1808, no período de governação de Junot, havia seis províncias: i) Entre Douro e Minho (7 comarcas); ii) Trás-os-Montes (4); iii) Beira (12); iv) Estremadura (11); v) Alentejo [também conhecida como Entre Tejo e Guadiana (8)]; e vi) Algarve (3).

Mais tarde, em 1816, no reinado de D. João VI (1816/1826), o país foi dividido em sete províncias: Minho, Trás-os-Montes, Douro, Beira, Estremadura, Alentejo e Algarve e, nesse mesmo ano, a província da Beira viria a ser dividida em duas (Alta e Baixa) e criada a província do Partido do Porto.

A par das comarcas, constituídas por concelhos (cidades e vilas), existiam ainda as donatárias pertencentes a senhores, bem como a divisão eclesiástica, cuja parte dos bispados remontam ao período romano e outros aos séculos VI e VII¹⁵.

3. A divisão administrativa no período da Monarquia Constitucional

À data da Revolução Liberal de 1820, o território estava dividido em sete províncias, 44 comarcas, 785 concelhos, 4046 freguesias e 17 dioceses.

12 Vd. SANTOS, José António dos – *Regionalização. Um Processo Histórico*. Lisboa: Livros Horizonte, 1985. p. 39.

13 Vd. CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo. Introdução Organização Administrativa, Atos e Contratos Administrativos, Tomo I*. 10.ª edição (10.ª reimpressão), revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1984. ISBN: 978-972-40-8752-8. p. 357.

14 Vd. MANIQUE, António Pedro – *Mouzinho da Silveira, Liberalismo e Administração Pública*. Lisboa: Livros Horizonte, 1989. ISBN: 978-972-24-0722-9. p. 23.

15 Vd. SILVEIRA, Luís Nuno Espinha da – *Território e Poder*. Cascais: Editora Patrimónia, 1997. ISBN: 972-744-021-5. p. 44.

Esta revolução, à semelhança da francesa, teve como preocupação proceder à reorganização territorial do Estado^{16/17}.

Em 1822, de acordo com o Decreto de 17 de julho, o território continental de Portugal estava dividido em seis províncias, 26 divisões eleitorais, 785 concelhos e 4086 freguesias, sendo que, no ano seguinte, o número de concelhos passou para 806.

Inspirada no modelo francês, a Constituição Política de 1822, aprovada a 23 de setembro, estabeleceu duas divisões, o distrito e a comarca, que não foram instituídas.

Em 1826, D. Pedro IV outorgou, a 29 de abril, a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, que manteve as divisões existentes.

Em 1827, foi apresentado um projeto que propunha a divisão do território em três circunscrições: províncias, comarcas e municipalidades.

A 18 de janeiro de 1828, as Cortes Geraes aprovaram um projeto que propunha a divisão do território em sete províncias e 17 comarcas, que não viria a ser implementado em virtude da dissolução das Cortes, a 13 de março.

Em 1830, através do Decreto n.º 25 de 26 de novembro, foi estabelecida a existência de paróquias na divisão administrativa.

Em 1832, foi decretada uma divisão administrativa, constituída por províncias, subdivididas em comarcas e estas, por sua vez, em concelhos, que só viria a concretizar-se em 1834, após a vitória liberal na guerra civil.

Em 1833, através do Decreto n.º 65, de 28 de junho, o país foi dividido em oito províncias (mais duas nas ilhas), 40 comarcas e 796 concelhos, divisão que seria alterada em 1835¹⁸.

As províncias decretadas para o continente e ilhas adjacentes, num total de dez, eram: i) Minho; ii) Trás-os-Montes; iii) Douro; iv) Beira Alta; v) Beira Baixa; vi) Estremadura; vii) Alentejo; viii) Algarve; ix) Açores (Angra); e x) Madeira (Funchal).

Nesse mesmo ano, pelo Decreto n.º 64 de 28 de junho, a província dos Açores foi dividida em província Ocidental dos Açores e província Oriental dos Açores.

A divisão de 1833 foi de curta duração, na medida em que viria a ser alterada em 1835 pela Lei de 25 de abril, que substituiu as províncias por distritos, tendo procedido à criação de 17 distritos no continente, três no arquipélago dos Açores e um na Madeira, constituídos por concelhos, tendo suprimido as comarcas.

Os distritos criados foram: Aveiro, Beja, Braga, Bragança, Castelo Branco, Coimbra, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Lisboa, Portalegre, Porto, Santarém, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu.

16 Vd. OLIVEIRA, António Cândido de – Descentralização. A Organização Político-Administrativa do Território em França e em Portugal (Desde as Revoluções de 1789 e 1820 até aos nossos dias). *Questões Atuais de Direito Local*. ISSN: 991-000-00-7736-4. N 19 (2018), p. 9.

17 Vd. OLIVEIRA, António Cândido – *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 11.

18 Vd. SÁ, Luís – *Regiões Administrativas, o Poder Local que Faltava*. Lisboa: Edições Caminho, 1989. ISBN: 972-21-0413-6. p. 67.

Não obstante as províncias terem sido substituídas pelos distritos, estes mantiveram as suas características. As províncias continuaram a existir apenas para efeitos estatísticos.

Através do Decreto de 18 de julho de 1835, foram enumerados os distritos por província, bem como os concelhos que integravam cada um dos distritos e as freguesias.

À data, o número de concelhos era de 799, pese embora o mapa do Decreto de 9 de outubro, desse mesmo ano, enumerar apenas 780.

Por Decreto de 12 de setembro de 1835, as ilhas adjacentes foram divididas em três distritos, denominados de *Província Ocidental dos Açores*, *Província Oriental dos Açores* e *Província da Madeira*, constituídos por concelhos e estes por freguesias.

Pelo Decreto de 6 de novembro de 1836, o território continental ficou dividido em 17 distritos e 351 concelhos, ficando de fora as ilhas, em virtude de a sua divisão já ter sido promovida pelo Decreto de 12 de setembro de 1835.

Entre a publicação deste diploma e 28 de abril de 1838, foram restaurados 28 concelhos.

Por Decreto de 31 de dezembro de 1836, foi aprovado o primeiro de seis códigos administrativos do período do liberalismo (1836, 1842, 1878, 1886 e 1896), que manteve a divisão administrativa, constituída por distritos, municípios e freguesias.

A 20 de março de 1838, as Cortes Constituintes aprovaram a Constituição Política da Monarquia Portuguesa, que manteve a divisão administrativa.

Pela Carta de Lei de 29 de outubro de 1840, o Código Administrativo foi alterado e a divisão passou ser constituída apenas por distritos e concelhos, sendo que à data existiam 17 distritos (+ 4 nas ilhas), 413 concelhos e 3768 freguesias (+ 164 nas ilhas).

A 18 de março, foi aprovado o Código Administrativo de 1842 que reprimiu a divisão de 1835, pelo que a divisão administrativa passou a contar apenas com distritos e concelhos, por força da extinção das freguesias, sendo que os concelhos de Lisboa e Porto passaram a ser constituídos por bairros.

As alterações a este código traduziram-se na redução do número de concelhos.

Entre 16 de fevereiro de 1848 e 30 de junho de 1853, foram aprovados e publicados 10 Decretos que suprimiram 10 concelhos e instituíram um.

Com a Carta de Lei de 3 de agosto de 1853, o número de concelhos passou para 268¹⁹ e pelo Decreto de 31 de dezembro de 1853 foram suprimidos 23 concelhos.

A 26 de junho de 1867, foi aprovada a Lei de Administração Civil, que estabeleceu que o território passava a dividir-se em 11 distritos, estes em concelhos e os concelhos em paróquias civis, sendo que os concelhos de Lisboa e Porto se dividiam em bairros e estes em paróquias civis.

19 Vd. SILVA, Henrique Dias da – *Reformas Administrativas em Portugal Desde o Século XIX*. Portimão: Editora Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, 2012. p. 73.

Por Decreto de 10 de dezembro de 1867, o território passou a ser constituído por 13 distritos, 159 concelhos (+ 19 nas ilhas) e 1026 paróquias civis (+ 67 nas ilhas), números que contrastavam com os do recenseamento de 1864, cujos valores eram respetivamente 17, 260 e 3800.

Comparativamente ao Código de 1842, ocorreu uma redução do número de divisões: o número de distritos passou de 17 para 13, o número de concelhos passou de 413 para 178 e o número de paróquias civis passou de 3932 para 1093.

Por Carta de Lei de 6 de maio, foi aprovado o Código Administrativo de 1878, que manteve a divisão territorial, passando os bairros a ser constituídos por paróquias.

Com o Código Administrativo de 1886, aprovado por Decreto de 17 de julho, foi mantida a divisão territorial, os bairros voltaram a ser constituídos por paróquias e os concelhos foram classificados em três ordens distintas.

A 2 de março de 1895, foi aprovado por Decreto ditatorial um novo código administrativo que manteve a divisão territorial, tendo, contudo, extinguido 46 concelhos.

A 4 de maio, por Carta de Lei, foi aprovado o Código Administrativo de 1896, que manteve a divisão, tendo os concelhos passado a ser classificados em duas ordens.

4. A divisão administrativa no período da República

Por Decreto de 13 de outubro de 1910, foi reposta a vigência do Código de 1878.

A 21 de agosto, foi aprovada a Constituição Política da República Portuguesa de 1911, que constituiu o primeiro texto constitucional republicano.

A 7 de agosto de 1913, foi aprovada a Lei n.º 88 que restituiu ao distrito a sua natureza autárquica e manteve a divisão administrativa.

Em 25 de junho 1914, o Senado aprovou e remeteu à Câmara dos Deputados um código que não foi objeto de publicação, em virtude do *terminus* da legislatura, que propunha a criação de seis províncias, reforma que não vingaria.

A 11 de abril, foi aprovada a Constituição Política da República Portuguesa de 1933, que estabeleceu que a divisão administrativa era formada por concelhos, constituídos por freguesias, e estes agrupavam-se em distritos e províncias, tendo os distritos passado a constituir meras circunscrições administrativas.

Pelo Decreto-Lei n.º 27424, de 31 de dezembro, foi aprovado o Código Administrativo de 1936, que criou 11 províncias e relegou o distrito a uma mera circunscrição administrativa, ficando o território dividido em províncias, concelhos e freguesias, sendo que os concelhos de Lisboa e Porto eram subdivididos em bairros e, à exceção das províncias, todas as demais divisões foram classificadas como 1.ª, 2.ª e 3.ª ordem.

Em 1940, pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de dezembro, foram aprovados o Código Administrativo e o Estatuto dos Distritos das Ilhas Adjacentes, que mantiveram a divisão.

Através da Lei n.º 2100, de 29 de agosto de 1959, foi revista a Constituição, que voltou a substituir as províncias pelos distritos.

No mesmo ano, através do Decreto-Lei n.º 42536, de 28 de setembro, foi alterado o Código Administrativo de 1940, que extinguiu a província e elevou o distrito a autarquia local, voltando o território a ser constituído por distritos, concelhos e freguesias.

A 31 de dezembro de 1967, o território era constituído por 274 concelhos e 3829 freguesias, agrupados em 18 distritos, e Lisboa tinha quatro bairros e o Porto dois.

Em 1969, o Decreto-Lei n.º 48905, de 11 de março, criou quatro regiões de planeamento no continente e duas nas Ilhas Adjacentes, bem como oito sub-regiões no continente.

No ano de 1975, aquando dos trabalhos preparatórios da Constituição de 1976, foi submetido à Assembleia Constituinte um projeto que propunha a criação de cinco províncias e duas áreas metropolitanas e a extinção das juntas distritais e das comissões regionais de planeamento.

Por Decreto de 10 de abril 1976, foi aprovada uma nova Constituição, que estabeleceu que, no território continental, são autarquias as freguesias, os municípios e as regiões administrativas, ao passo que as ilhas apenas compreendem freguesias e municípios.

Foi mantido um sistema estruturado em três níveis territoriais, tendo os concelhos passado a municípios e sido criada uma autarquia regional em substituição do distrito²⁰.

A divisão distrital subsistirá como mera circunscrição administrativa, enquanto não forem instituídas as regiões administrativas.

Não obstante as revisões promovidas a esta Constituição, nenhuma delas alterou a divisão administrativa, o mesmo sucedendo com o processo em curso.

A 25 de outubro, a Lei n.º 79/77 manteve o distrito como mera circunscrição.

A 27 de junho, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2011, foram exonerados os governadores civis em exercício de funções e, a 30 de novembro, o Decreto-Lei n.º 114/2011 procedeu à transferência das competências do governo civil para outras entidades da administração pública.

A 30 de maio, a Lei n.º 22/2012 aprovou a reorganização administrativa, levada a efeito pela Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro, que não alterou a divisão, tendo apenas reduzido o número de freguesias do continente, por via da agregação.

Também a Lei n.º 56/2012, de 8 de novembro, promoveu uma reorganização administrativa das freguesias do concelho de Lisboa.

Com a agregação, o número de freguesias passou de 4260 para 3092.

Com a aprovação da Lei n.º 39/2021, de 24 de junho, que fixou o novo regime de criação, modificação e extinção de freguesias, foi revogada a Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro, bem como algumas disposições da Lei n.º 22/2012.

20 Vd. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 2.ª edição, revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. ISBN: 978-972-32-2287-6. Vol. 2. p. 384.

5. Conclusões

A divisão administrativa revela-se determinante no seio de um Estado, seja qual for a sua designação, dimensão e características.

Foram várias as divisões administrativas implementadas no território português, até à atualidade, sendo que essa diversidade se operou não só quanto à designação, bem como ao número de níveis.

A primeira divisão foi a província, ainda enquanto território inserido na península Ibérica sob o domínio do *Imperium Romanum* e, mais tarde, no Condado Portucalense, tendo perdurado até ao período do liberalismo, mais precisamente até 1835, por força da Constituição Política de 1822, que a substituiu pelo distrito.

Viria a ser reposta com a Constituição da República de 1933, tendo sido substituída definitivamente em 1959.

Sem prejuízo do vertido, importará lembrar que, em 1299, conforme atesta o testamento de D. Dinis, à data, eram cinco as regiões existentes denominadas de comarcas.

Fruto do liberalismo, surge o distrito, que veio substituir a província, o qual, desde a sua criação e até à presente data, foi sendo qualificado ora como autarquia local, ora como mera circunscrição administrativa.

A província, a comarca, bem como o distrito eram constituídos por divisões de menor dimensão, cujo número e designação foram oscilando ao longo do tempo.

Por força da Constituição da República de 1976, foi cometido ao distrito um regime transitório, enquanto circunscrição administrativa, até à efetiva instituição da região administrativa.

Não obstante o lapso de tempo decorrido após a sua consagração constitucional e a realização de um referendo para o efeito, a região administrativa ainda está por instituir, pese embora continue a constar da agenda política dos sucessivos governos.

Em 2018, à luz do princípio da descentralização e da autonomia das autarquias locais, é aprovada pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, a Lei-quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais²¹.

Atento o exposto, afiguram-se a colocação de algumas questões/propostas: i) manter por tempo indeterminado a atual situação? ii) instituir a região administrativa? iii) repor o distrito ou a província enquanto autarquia local?

Sem prejuízo das questões/sugestões propostas, importará agora enquadrar esta temática na atualidade, à luz de algumas das reformas de que o poder local foi objeto.

A primeira das reformas a apontar, levada a cabo em 2011, extinguiu os governos civis e exonerou os respetivos governadores, tendo procedido à transferência das respetivas competências para as demais autarquias e organismos do

21 *Vd.* FONSECA, Isabel Celeste; PRATA, Ana Rita – A Descentralização administrativa nos domínios da educação: *less is more. Questões Atuais de Direito Local*. ISSN: 991-000-00-7736-4. N 32 (2021), p. 9.

Estado, pondo ainda termo à controvérsia em torno deste magistrado, figura muito contestada, em virtude de ter sido um representante/servidor do poder central.

A segunda reforma foi promovida pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, que aprovou a Lei-quadro da transferência de competências para as autarquias locais e entidades intermunicipais, e esteve na génese de vários diplomas sectoriais num vasto domínio/áreas de atuação.

A terceira reforma ocorreu no ano transato, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 36/2023, de 26 de maio, que não só procedeu à reestruturação das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, como reforçou o papel e poder das mesmas.

Estas reformas, associadas à dimensão do território português, constituem, a meu ver, sérios obstáculos não só à instituição da região administrativa, como à reposição de uma das autarquias extintas, bem como à reposição dos três níveis de divisão administrativa.

Outro obstáculo prende-se com a ausência de mecanismos que garantam não só o funcionamento de uma terceira autarquia como assegurem a sua autonomia financeira.

Assim, atenta a atual “conjuntura”, entendo que, a curto e médio prazo, Portugal não reúne condições para a instituição em concreto de uma terceira autarquia local.

Em conclusão, entendo que a instituição em concreto da região administrativa ou a reposição de uma das autarquias extintas terá necessariamente de ser precedida de um novo referendo ou de uma alteração legislativa, bem como da criação de mecanismos que assegurem não só o seu funcionamento (órgãos executivo e deliberativo), bem como uma real e verdadeira autonomia financeira da mesma.

Outra das medidas que deve ser observada previamente prende-se com o reforço das atribuições e competências a cometer à nova autarquia local, as quais devem recair em domínios não transferidos para outras autarquias locais ou entidades intermunicipais ou, se transferidas, que incidam em áreas cujas autarquias locais e entidades intermunicipais não consigam ou não tenham conseguido dar as respostas esperadas.

Referências bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do – Estado. *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo Editora, 1987. ISBN: 978-972-22-0006-6. Vol. II.

AMARAL, Manuel Nunes – A Circunscrição. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Edição de Autor, 1990, ISBN: 978-004-05-9190-4. Vol. II.

CAETANO, Marcello – *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ª edição, revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1972. ISBN: 978-972-40-0517-1. Tomo I.

—. *Manual de Direito Administrativo. Introdução Organização Administrativa, Atos e Contratos Administrativos, Tomo I*. 10.^a edição (10.^a reimpressão), revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1984. ISBN: 978-972-40-8752-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 2.^a edição, revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. ISBN: 978-972-32-2287-6. Vol. 2.

DIAS, José António Rajani Oliveira – *O Municipalismo em Portugal, Brasil e Cabo Verde*. Odivelas: Edições OD&F, 2006. ISBN: 978-989-20-0352-8.

FERREIRA, Joaquim – *Organização Política e Administrativa da Nação*. Porto: Edição Domingos Barreira, 1942.

FIGUEIREDO, Ernesto Valério Soares – *Portugal que Regiões?* Braga: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1988.

FONSECA, Isabel Celeste; PRATA, Ana Rita - A Descentralização administrativa nos domínios da educação: *less is more. Questões Atuais de Direito Local*. ISSN: 991-000-00-7736-4. N 32 (2021).

OLIVEIRA, António Cândido de – Descentralização. A Organização Político-Administrativa do Território em França e em Portugal (Desde as Revoluções de 1789 e 1820 até aos nossos dias). *Questões Atuais de Direito Local*. ISSN: 991-000-00-7736-4. N 19 (2018).

—. *Direito das Autarquias Locais*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN: 978-972-32-2210-4.

OLIVEIRA, António Cândido; MANIQUE, António Pedro – *O Mapa Municipal Português (1820/2020), a Reforma de Passos Manuel*. Braga: AEDREL, 2020. ISBN: 978-989-54-7520-9.

MANIQUE, António Pedro – *Mouzinho da Silveira, Liberalismo e Administração Pública*. Lisboa: Livros Horizonte, 1989. ISBN: 978-972-24-0722-9.

MARQUES, António Henrique de Oliveira – *História de Portugal*. 9.^a edição. Lisboa: Palas Editores, 1980. ISBN: 978-972-23-2189-1. Vol. I.

MARTIN, Jean-Pierre – *As Províncias Romanas da Europa Ocidental e Central. De 31 A.C. a 235 D.C*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1999.

MIRANDA, Jorge – *Território. Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo Editora, 1987. ISBN: 972-22-0009-7. Vol. V.

RIBEIRO, Orlando – *A Divisão Regional de Portugal. Elaboração Progressiva de Um Sistema Geográfico de Divisão. Opúsculos Geográfico*. 2.^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. ISBN: 978-972-31-0495-0. Tomo III.

SÁ, Luís – *Regiões Administrativas, o Poder Local que Faltava*. Lisboa: Edições Caminho, 1989. ISBN: 972-21-0413-6.

SANTOS, José António dos – *Regionalização. Um Processo Histórico*. Lisboa: Livros Horizonte, 1985.

SERRÃO, Joel; MARQUES, António Henrique de Oliveira – *Portugal. Das Origens à Romanização*. Lisboa: Editorial Presença, 1990. ISBN: 978-972-23-1313-1.

SILVA, Henrique Dias da – *Reformas Administrativas em Portugal Desde o Século XIX*. Portimão: Editora Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, 2012.

SILVEIRA, Luís Nuno Espinha da – *Território e Poder*. Cascais: Editora Patri-mónia, 1997. ISBN: 972-744-021-5.

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE MATRIMONIOS FORZADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

*Natalia Seco García**

Sumario: **1.** Introducción. **2.** La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. **3.** La Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. **4.** Implicaciones para España y Portugal. **4.1.** El delito de matrimonio forzado en España. **4.2.** El delito de matrimonio forzado en Portugal. **5.** Conclusiones. **6.** Referencias bibliográficas.

Resumen: Esta comunicación tiene como objetivo analizar la protección de las víctimas de matrimonio forzado en la Unión Europea. Para ello, estudiaremos dos instrumentos normativos de reciente aprobación que reconocen el matrimonio forzado como delito, estos son: la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y la Directiva (UE) 2024/1712 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas. Además, haremos un análisis sobre las obligaciones que existen para España y Portugal en lo que respecta al cumplimiento de las citadas Directivas.

Palabras clave: Matrimonio forzado – Mujeres – Unión Europea.

* Doctoranda de Derecho en el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Profesora contratada de sustitución en la Universidad de Vigo (UVigo). E-mail: natalia.seco.garcia@rai.usc.es

Abstract: This communication aims to analyze the protection of victims of forced marriage within the European Union. In this sense, we will have a study of the legal instruments that recognize forced marriage as a crime, these are: Directive (EU) 2024/1385 on the fight against violence against women and domestic violence and Directive (EU) 2024/ 1712 relating to the prevention and fight against the treatment of human beings and the protection of victims. Likewise, an analysis will be carried out of the obligations that exist between Spain and Portugal when it comes to complying with European regulations.

Keywords: Forced marriage – Women – European Union.

1. Introducción

Los matrimonios forzados son una realidad dentro de la Unión Europea (UE). Todos los Estados miembros se ven afectados, ya sea en forma de matrimonios forzados celebrados dentro de su territorio, de matrimonios forzados de ciudadanos comunitarios celebrados en otras regiones del mundo o de ciudadanos extracomunitarios obligados a casarse antes de llegar a la UE. Si bien no existen datos concretos sobre su incidencia en el territorio de la UE, se constata que, en los últimos años, se ha incrementado debido, en parte, al aumento de población migrante procedente de regiones como Oriente Medio, África o el Sudeste Asiático, donde sí es recurrente¹. De manera general, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estimó que unos 22 millones de personas son obligados a casarse en todo el mundo, de las cuales casi el 80% representan a niñas y mujeres².

Este tipo de prácticas han sido reconocidas internacionalmente como una violación grave y sistemática de los derechos humanos de las personas y, en particular, de las niñas y mujeres³. En este sentido, en un primer momento, se vulnera su derecho a decidir libremente con quien casarse y, una vez que son forzadas a casarse, otros derechos como su integridad física y moral se ven violados por ser sometidas a distintas formas de violencia y explotación sexual y laboral (violaciones, embarazos forzados o trabajos forzados).

Dicho esto, la importancia del análisis de esta figura viene dada porque, hasta hace poco, la situación de estas víctimas en la UE ha sido relativamente ignorada. A este respecto, la escasa protección con la que contaban se encontraba limitada a instrumentos normativos, que abordaban indirectamente cuestiones relativas a esta práctica, tales como el derecho a la no discriminación, el derecho a contraer matrimonio o el derecho a la igualdad –recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)–⁴. No obstante, esta situación ha cambiado tras la adopción de dos instrumentos jurídicos específicos en los que la UE tipifica el matrimonio forzado como delito. En consecuencia, por primera vez, la UE persigue directamente todas aquellas conductas por las cuales una persona obliga a otra a contraer matrimonio, estableciendo un importante precedente en la protección de los derechos humanos a nivel comunitario.

Estos instrumentos jurídicos son, por un lado, la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y, por otro lado, la

1 PARELLA, Sònia; GÜELL, Berta – Los matrimonios forzados como una forma de violencia de género desde un enfoque interseccional. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. ISSN 1133-6595. N 133 (2023), pp. 137-159.

2 Informe de la Organización Internacional del Trabajo – *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna Trabajo forzoso y matrimonio forzoso* [En línea]. 2022. [28/08/2024]. Disponible en <https://www.ilo.org/es/publications/estimaciones-mundiales-sobre-la-esclavitud-moderna-trabajo-forzoso-y>. Se desconocen datos concretos sobre la incidencia de esta práctica en la región de la Unión Europea.

3 Véase Informe del Secretario General de las Naciones Unidas – *Informe sobre la cuestión del matrimonio infantil, precoz y forzado* [En línea]. 2022. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/457/05/pdf/n2245705.pdf>.

4 Artículos 9, 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

En este contexto, nuestra comunicación se divide en tres partes. La primera y la segunda expondrán la importancia de la aprobación de la Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y la Directiva 2024/1712 sobre la trata de personas para la protección de las víctimas de matrimonio forzado. Para ello, se hará un análisis por separado de ambas Directivas con el objetivo de determinar las principales medidas adoptadas con respecto al matrimonio forzado. Finalmente, la tercera parte abordará cuáles son las obligaciones legales para los Estados miembros y, en concreto, para España y Portugal, tras la aprobación de ambas Directivas.

2. La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

La UE ha aprobado, recientemente, la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Se trata de uno de los primeros y más importantes pasos de la UE hacia una prevención, protección y persecución eficaz de todas aquellas violencias que se cometen contra las mujeres y niñas, por el mero hecho de serlo.

La Directiva busca crear un entendimiento común, hasta el momento ausente, sobre la definición y características de este tipo de violencia en el territorio de la UE. Si bien la UE ya se adhirió al Convenio de Estambul con este fin –primer instrumento jurídico desarrollado en Europa para luchar contra este tipo de violencia–, lo cierto es que el resultado no fue el esperado en tanto que su puesta en práctica en el territorio de la UE resultaba un tanto compleja. A este respecto, dado que tanto la UE como sus Estados miembros tienen competencias en los ámbitos cubiertos por el citado Convenio, la UE solo puede adherirse en lo que respecta a los asuntos en los que tiene competencia exclusiva –estas son, determinadas disposiciones relativas a la cooperación judicial en materia penal, al asilo y a la no devolución–⁵, ocasionando que en el resto de los ámbitos los Estados miembros conserven su competencia. Esto en un principio no supondría un problema si todos los Estados Miembros hubiesen ratificado el Convenio, pero existen todavía cinco que no lo han hecho –concretamente, Bulgaria, Eslovaquia, Hungría, Lituania y República Checa–⁶ e, incluso, algunos que amenazan con re-

5 Véase artículo 1 de la Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución.

6 Entre las razones que exponen los citados Estados destacan: la definición y el uso del término “género”; la obligación del artículo 14.1 de impartir clases sobre “papeles no estereotipados de los géneros”

tirarse –como Polonia–, por lo que su aplicación uniforme y total en todo el territorio de la UE no resulta posible.

En estas circunstancias, la aprobación de esta Directiva cambia la situación en tanto que todos los Estados miembros estarán obligados –incluidos aquellos que no han ratificado el Convenio de Estambul– a incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos unas normas mínimas específicas sobre los derechos de las mujeres y niñas relativas a (i) la tipificación penal de los delitos pertinentes y su sanción, (ii) la protección de las víctimas y el acceso a la justicia, (iii) el apoyo a las víctimas, y (iv) la prevención, la coordinación y la cooperación.

Para ello, la Directiva toma en gran parte como referencia el Convenio de Estambul. Ahora bien, se aprecian algunos avances significativos que garantizan una aplicación más eficaz. Pues, primero, la Directiva introduce obligaciones positivas para los Estados miembros en tanto que quedan obligados a transponer todas las disposiciones en sus ordenamientos jurídicos internos en un plazo de 3 años, mientras que el Convenio de Estambul se mueve en el marco de la diligencia debida⁷. Segundo, incluye unas sanciones mínimas que garanticen la persecución de los delitos⁸. Tercero, incorpora una mayor perspectiva de género en tanto que reconoce a la mujer como principal e, incluso, única víctima de determinados delitos⁹.

Entre las diferentes formas de violencia contra la mujer, este instrumento jurídico reconoce expresamente el matrimonio forzado como una de ellas. Según el legislador comunitario, la incorporación de esta conducta como delito responde a que el matrimonio forzado es una forma de violencia que conlleva graves violaciones de los derechos fundamentales, en especial de las mujeres y las niñas, a su integridad física, a su libertad, a su autonomía, a su salud física y mental, a su salud sexual y reproductiva, a su educación y a su intimidad¹⁰. A este respecto, reconoce que determinadas formas de violencia como la física y la sexual junto con las amenazas de violencia son utilizadas para forzar a las víctimas a contraer matrimonio. Y que, además, una vez forzadas a casarse, son sometidas a determinadas formas de explotación sexual y laboral, así como a diversas formas de violencia física, psicológica, sexual y financiera¹¹.

Por ello, tomando como base el artículo 37 del Convenio de Estambul, el artículo 4 establece que todos “Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las siguientes conductas: a) obligar a una persona adulta o

en todos los niveles educativos; la supuesta predisposición negativa del Convenio contra los hombres; y las acusaciones de que amenaza la soberanía del Estado. Véase: KRIZSÁN, Andrea; ROGGE BAND, Conny – *Politicizing Gender and Democracy in the Context of the Istanbul Convention*. Palgrave Pivot, 2021. ISBN-10:3030790681/ISBN-13:978-3030790684.

7 Véase artículo 49.1 de la Directiva 2024/1385 y artículo 5 del Convenio de Estambul.

8 Véase artículo 10 de la Directiva 2024/1385.

9 Fundación Alternativas – *La lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [En línea]. 2023. [27/08/2024]. Disponible en: <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2024/02/Informe-aportes-directiva-vio-gen-vio-dom-2.pdf>.

10 Considerando 16 de la Directiva 2024/1385.

11 Considerando 16 de la Directiva 2024/1385.

menor a contraer matrimonio; b) atraer a una persona adulta o menor al territorio de un país que no sea en el que resida, con la intención de obligarla a contraer matrimonio”. En consecuencia, todas aquellas personas que obligan a otra –sea adulta o menor– a contraer matrimonio, o la atraen a un territorio con esa finalidad, han de ser consideradas como autoras de un delito de matrimonio forzado.

Por lo que respecta a la pena a imponer al autor del delito de matrimonio forzado, el artículo 10.3 establece que ha de ser castigado con una pena máxima de prisión de al menos tres años. Además, el artículo 11 reconoce una serie de circunstancias agravantes que podrían ser aplicables en este caso, como por ejemplo son: (i) que se haya cometido contra una persona considerada vulnerable por circunstancias particulares, como una situación de dependencia o un estado de discapacidad física, mental, intelectual o sensorial; (ii) que se haya cometido contra un menor; (iii) que haya provocado la muerte de la víctima o le haya causado graves lesiones físicas o psicológicas; (iv) que haya sido cometido por un miembro de la familia de la víctima o por una persona que conviva con ella; (v) que se haya cometido abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia; (vi) que la intención fuera preservar o restaurar el llamado «honor» de una persona, una familia, una comunidad u otro colectivo similar; y (vii) que la intención fuera castigar a la víctima por su orientación sexual, género, color, religión, origen social o convicciones políticas.

Por otra parte, es importante resaltar que la Directiva no solo se centra en el aspecto punitivo de los delitos, sino que también, establece obligaciones para los Estados miembros en materia de prevención. A este respecto, tal como señala su artículo 34.7, los Estados tendrán que implementar medidas de carácter preventivo con el fin de aumentar la concienciación sobre esta práctica y evitar, en consecuencia, que se perpetre. Se trata de un paso muy importante en tanto que la tipificación de tales delitos no reduce por sí sola su comisión, siendo necesario abordarlos desde otras perspectivas. Por lo que respecta a las medidas a incluir, el artículo 34 establece que incluirán la realización o el apoyo de campañas o programas de concienciación específicos dirigidos al público desde una edad temprana con el objetivo de aumentar la concienciación y la comprensión acerca de esta práctica y sus consecuencias. A modo ilustrativo, podrían incluirse medidas que den prioridad a la escolarización de las niñas, especialmente, de aquellas más marginadas en tanto que sufren un mayor riesgo de ser víctimas. También, medidas que involucren a las comunidades –especialmente, a los hombres y a los niños–, concienciándoles del impacto negativo que este tipo de prácticas tienen en las víctimas¹².

12 Tan solo son dos ejemplos de las medidas que podrían adoptarse, entre otras muchas. Por ejemplo, véase la propuesta de *Girls Not Brides* sobre 8 maneras de terminar con los matrimonios y uniones infantiles, tempranas y forzadas, disponible en: <https://www.girlsnotbrides.es/articulos/8-maneras-de-terminar-con-el-matrimonio-infantil-en-situaciones-de-conflicto-y-crisis/>.

3. La Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

El pasado 24 de junio de 2024, la UE aprobó la modificación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. Se trata de una medida que busca, por un lado, ampliar la protección de las personas frente a nuevas formas de explotación distintas a las ya recogidas por la Directiva 2011/36/UE y, por otro, mejorar la protección y el apoyo a las víctimas teniendo en cuenta las perspectivas de género, de la discapacidad y de las personas menores de edad¹³.

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la Directiva se sitúa como un gran paso en la protección de las víctimas de matrimonios forzados. A este respecto, establece por primera vez que la explotación de personas llevada a cabo con finalidad de matrimonio forzado ha de ser perseguida como delito en todos los Estados miembros. Si bien ya la Directiva 2011/36/UE en su Considerando (11) incorporaba el matrimonio forzado como uno de los comportamientos que podían dar lugar a la explotación de las personas, lo cierto es que el legislador comunitario no lo incluía expresamente en el artículo 2.3, dando lugar a que los Estados Miembros no estuviesen obligados a perseguirlo como tal¹⁴. No obstante, con esta modificación, el citado artículo pasa a incorporar el matrimonio forzado como una forma de explotación de personas al disponer que “la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de órganos o la explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal”.

Con todo, hay que tener en cuenta que, para que este comportamiento pueda considerarse como una modalidad de trata de seres humanos ha de reunir los requisitos establecidos en el artículo 2, estos son¹⁵: (i) la *acción*, es decir, acoger o recibir personas o transferir el control sobre las mismas, (ii) los *medios comisivos*, esto son, amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto,

13 Considerando 3 de la Directiva 2024/1712.

14 SANTANA VEGA, Dulce María – La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica. *Nova et Vetera*. ISSN: 0123-2614. V 20, N 24 (2011), pp. 211-226.

15 El artículo 2 de la Directiva toma un sentido similar a los requisitos establecidos por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), la cual define la trata como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas por medio de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el secuestro, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la obtención de beneficios económicos o materiales con un objetivo de explotación”.

fraude, engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad, así como entrega o recepción de pagos o beneficios y, (iii) el *fin de explotación* que, en este caso, sería la celebración del matrimonio. No obstante, en caso de que la víctima sea un menor de edad, no será necesario que el autor haya recurrido a ninguno de los medios comisivos citados, esto es, no es necesario que haya utilizado las amenazas, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o la situación de vulnerabilidad¹⁶.

Por lo que respecta a la pena a imponer, el artículo 4 establece que el autor del delito se ha de castigar con una pena máxima de al menos cinco años de prisión. Además, según el mismo artículo, esta pena podrá agravarse hasta al menos diez años en caso de que: (i) se hubiese cometido contra una víctima particularmente vulnerable, especialmente, los menores; (ii) se hubiese cometido en el marco de una organización delictiva; (iii) se hubiese puesto en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; o (iv) se hubiese cometido empleando violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves.

Entre las razones que llevaron al legislador comunitario a incluir este tipo de explotación en la Directiva destacan la alta incidencia que este fenómeno está teniendo en todo el mundo y, especialmente, en los países del Norte Global. Según los datos de la Comisión Europea, en 2020, el 11% de las víctimas de trata eran víctimas de matrimonio forzado¹⁷. Es más, se ha constatado que, existen determinadas agencias matrimoniales o plataformas de internet, a través de las cuales se captan a mujeres procedentes, generalmente, de países del Sur Global, para obligarlas a casarse con hombres del Norte Global que ofrecen una cantidad económica elevada por ellas. Así, los reclutadores las engañan por medio de falsas promesas relacionadas con el ofrecimiento de una vida llena de oportunidades económicas y laborales en el lugar de destino para luego forzarlas a casarse y a comenzar una vida llena de actos de explotación sexual y laboral¹⁸.

Por otra parte, es necesario recordar que, al igual que ocurre con la Directiva sobre la violencia de género, los Estados miembros estarán obligados a adoptar todas las medidas necesarias destinadas a la prevención de este tipo de delitos. A este respecto, el artículo 18 incluye medidas como la educación, la formación y las campañas para dar a conocer el riesgo de convertirse en víctimas de trata de seres humanos.

16 Véase artículo 2.5 de la Directiva 2024/1712.

17 Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, COM (2022) 0732, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0310_ES.html.

18 Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños – *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*, A/HRC/4/23, párr. 58. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g07/104/13/pdf/g0710413.pdf>.

4. Implicaciones para España y Portugal

Como hemos visto anteriormente, la aprobación de estas Directivas por parte de la UE impone obligaciones concretas para los Estados miembros. Por lo que respecta al matrimonio forzado, todos están obligados a tipificar como delito el matrimonio forzado tanto en su modalidad general como en una modalidad concreta de la trata de seres humanos. En este contexto, a continuación, se expondrán los casos de España y Portugal, analizando cuál es su legislación actual y si, por lo tanto, necesitan hacer algún cambio en sus respectivas legislaciones nacionales.

4.1. El delito de matrimonio forzado en España

En España, el matrimonio forzado ya se encuentra tipificado en el artículo 172 bis del Código Penal (CP). Este tipo penal fue incluido, en 2015, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (LO 1/2015), entre los delitos contra la libertad y, en concreto, como una modalidad de las coacciones. Hasta entonces, no existían leyes que lo abordaran de forma directa, por lo que tanto su conducta como otros actos que forman parte de él, podían ser subsumidos en otros tipos penales como, por ejemplo, en el tipo básico de coacciones, en las amenazas, en las detenciones ilegales, en las agresiones sexuales o en los tratos degradantes¹⁹.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, dicha incorporación respondió a la necesidad de España de cumplir con los compromisos internacionales suscritos en lo relativo a la persecución de los delitos que vulneren los derechos humanos²⁰. Según el legislador, estos se tratarían, por un lado, de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas²¹ y, por otro lado, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en la cual, se establece, en su artículo 16, que los Estados han de garantizar que las mujeres no sufran ningún tipo de discriminación en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y en las relaciones familiares, incluyendo su libertad para elegir libremente a su cónyuge²².

19 PALMA HERRERA, José Manuel – La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* / Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2015, ISBN 978-84-9085-434-1, págs. 375-411.

20 Considerando XXVIII de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

21 Tal como hemos explicado en el apartado anterior, la Directiva 2011/36/UE reconocía en el Considerando 11 el matrimonio forzado como una forma de explotación de personas. Ahora bien, los Estados miembros no estaban obligados a reconocerlo expresamente en tanto que el artículo 2 no lo volvía a incluir. Sin embargo, España decidió hacerlo.

22 Resulta sorprendente que el legislador nacional no haya incluido expresamente el Convenio de Estambul como uno de los motivos que le ha llevado a tipificar el matrimonio forzado como delito y, únicamente, se haya referido a la Directiva 2011/36/UE sobre la trata de seres humanos y a la Convención

Por lo que respecta a la conducta típica, el artículo 172.1 bis del CP establece que: “El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”. En consecuencia, la conducta típica consiste en compeler a otra persona a contraer matrimonio, a través de violencia o intimidación grave. Por lo que respecta a la pena a imponer, será una pena de prisión de 6 meses a 3 años y 6 meses, o una pena de multa de 12 a 24 meses, que podrá agravarse en el caso de ser la víctima un menor de edad.

Además, el artículo 172 bis CP, tipifica los actos preparatorios del matrimonio forzado, es decir, aquellos que se presentan con anterioridad a la ejecución del delito y que están dirigidos a facilitarlo. Concretamente, el citado artículo tipifica la intención de forzar a la víctima a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. Así lo dispone el texto del precepto: “La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

Por otro lado, es necesario señalar que, con base en la Directiva 2011/36/UE sobre la trata de seres humanos, el legislador introdujo en el artículo 177.1 bis letra e) CP un precepto referido al matrimonio forzado en el marco de trata de personas. El citado artículo se refiere a que será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión quien, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con la finalidad de celebrar matrimonios forzados. En consecuencia, se establecen dos requisitos: (i) se cometa bien en territorio español, o bien desde España o en tránsito o con destino a ella; (ii) el uso de unos medios concretos, estos son, la violencia, la intimidación o el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad, o bien entregar o recibir pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima. Ahora bien, respecto al segundo de los requisitos, el artículo 177.2 bis 2 CP, determina que cuando la víctima sea menor de edad no será necesario que concurren estos medios, sino que bastará con que se den los verbos típicos (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a la persona) con fines de explotación y se cumpla el criterio de territorialidad.

Sobre la base de estas consideraciones, España en principio no tendría que hacer ningún cambio en su legislación. A este respecto, como hemos podido ver, el CP permite una amplia cobertura de este fenómeno, persiguiéndolo como un delito contra la libertad de las personas, pero también como un delito contra la

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A este respecto, España lo ratificó el 10 de abril de 2014, y entró en vigor el 1 de agosto de 2014.

dignidad y la integridad moral en su modalidad de trata de personas. Además, las penas impuestas y las agravantes reconocidas concuerdan con lo expuesto por ambas Directivas. Ahora bien, España no puede olvidar que sus obligaciones no son únicamente en materia penal, sino que tiene que cumplir con las obligadas medidas de prevención, por lo que habrá que ver si adopta todas las medidas necesarias, hasta ahora ausentes, destinadas a concienciar a la población sobre esta práctica y, por lo tanto, prevenir su comisión y apoyar a las víctimas que se puedan encontrar en tales circunstancias²³.

4.2. El delito de matrimonio forzado en Portugal

Al igual que en España, el matrimonio forzado se encuentra tipificado en el artículo 154 B y 154 C del CP. Este tipo penal fue incluido, en 2015, por la Lei 83/2015, de 8 de agosto, entre los delitos contra la libertad personal. Hasta entonces, el matrimonio forzado era perseguido por medio del tipo básico de coacciones regulado en el artículo 154 del CP²⁴. Según el legislador portugués, dicha inclusión responde a la ratificación del Convenio de Estambul, el cual entró en vigor el 1 de agosto de 2014, obligando, como hemos visto anteriormente, en su artículo 37 a todos los Estados parte a tipificar el matrimonio forzado como delito²⁵.

En lo que respecta a la conducta típica, el artículo 154 B establece que “Quem constranger outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos”. En efecto, el delito de matrimonio forzado consiste en forzar a una persona a casarse u obligarla a vivir en una situación análoga al matrimonio. Con respecto a los medios empleados, a diferencia del caso español, el CP portugués no especifica cuáles han de ser utilizados para forzar a la persona, pero se entiende que pueden ser el uso de amenazas graves, intimidación o violencia –establecidos en el tipo básico de coacciones del artículo 154 CP–²⁶.

Por lo que respecta a la pena a imponer, el autor del delito de matrimonio forzado será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años. Pena que, según el artículo 155 CP, puede agravarse si, por un lado, la víctima es una persona especialmente indefensa, por razón de edad, invalidez, enfermedad o embarazo

23 A este respecto, a nivel nacional nos consta que no existe ninguna política que tenga como objetivo específico tratar la prevención de los matrimonios forzados. Únicamente, la Generalitat catalana ha abordado la problemática, desarrollando un Protocolo para la prevención y el abordaje del matrimonio forzado en Catalunya por medio del cual se han puesto en marcha de programas formativos dirigidos a los educadores y a otros técnicos y profesionales que, a nivel municipal, puedan detectar e intervenir ante estos casos.

24 DOS SANTOS TAVARES, Rui Miguel – *Casamento Forçado: uma aproximação civilística no Ordenamento Jurídico Português* [En línea]. 2018. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. [28/08/2024]. Disponible en <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85719/1/Casamento%20For%C3%A7ado%20-%20Tese%201.pdf>.

25 Preâmbulo da Lei 83/2015, de 5 de agosto.

26 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 6.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2024.

o, por otro, se suicida o intenta suicidarse –agravantes que, salvo la de menor de edad, en el caso español no se prevén–.

Además, al igual que España, el artículo 154 C CP castiga los actos preparatorios y, en concreto, la intención de atraer a la víctima a un territorio distinto al de su residencia para obligarla a contraer matrimonio.

Por otro lado, cabe señalar que, a diferencia del caso español, nos consta que el CP portugués no introduce expresamente un precepto referido al matrimonio forzado cometido en el contexto de la trata de personas. En este sentido, el actual artículo 160 CP, el cual regula la trata de personas, no reconoce el matrimonio forzado entre las finalidades de explotación. Pues, se refiere únicamente a la explotación sexual, a la explotación laboral, a la esclavitud, a la extracción de órganos y a otras actividades criminales. Si bien se podría deducir que el matrimonio forzado se podría incluir dentro de la conducta de “otras actividades criminales”, lo cierto es que la Directiva 2024/1712 obliga a todos los Estados miembros a reconocerlo de forma expresa, por lo que tendría que reformar su legislación en el plazo establecido.

Sobre la base de estas consideraciones, Portugal solo tendría que, en principio, reconocer expresamente el matrimonio forzado como una modalidad de la trata de seres humanos con vistas a cumplir con la normativa europea. Ahora bien, al igual que España, ha de aprobar también todas las medidas necesarias destinadas a prevenir la celebración de los matrimonios forzados.

5. Conclusiones

Los matrimonios forzados son una realidad dentro de la Unión Europea. Esta práctica constituye una violación grave y sistemática de los derechos humanos de las personas y, en particular, de las niñas y mujeres. A este respecto, se vulnera su derecho fundamental a decidir de forma libre y plena con quien casarse, así como su integridad física y psíquica por ser sometidas a diferentes formas de violencia y de explotación sexual y laboral.

Ante esta situación, la UE ha decidido proteger directamente a estas víctimas por medio de la tipificación del delito de matrimonio forzado y el establecimiento de la obligación de adoptar medidas para prevenir su comisión. Así, por un lado, ha aprobado la Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, la cual reconoce expresamente el matrimonio forzado como una forma de violencia contra la mujer. Y, por otro, la Directiva 2024/1712 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la cual establece que el matrimonio forzado puede constituir una forma de explotación de las personas y, en especial, de las niñas y de las mujeres.

Estas Directivas establecen obligaciones concretas para los Estados miembros. En este sentido, todos ellos quedan obligados a incluir en sus ordenamientos jurídicos internos el delito de matrimonio forzado, tanto en su modalidad de forma de violencia contra las mujeres como en su forma de trata de seres humanos. Por lo que respecta a España, el CP español, ya desde 2015, permite

una amplia cobertura de este fenómeno, persiguiéndolo como un delito contra la libertad de las personas, pero también como un delito contra la dignidad y la integridad moral en su modalidad de trata de personas. Por lo que respecta, a Portugal, también, su CP lo tipifica como delito, pero no incluye de manera expresa un delito de matrimonio forzado en su forma de trata de personas; por lo que, en principio, tendría que reformar su CP.

Así mismo, todos los Estados, incluidos, España y Portugal tienen que incluir medidas de prevención destinadas a concienciar a la población sobre los riesgos y consecuencias de esta práctica, con el fin de evitar que esta se perpetre.

Bajo estas circunstancias, se consta que la Unión Europea ha dado un paso adelante en la protección de los derechos humanos de las personas y, en especial, de las niñas y mujeres frente a prácticas tan nocivas como el matrimonio forzado, permitiendo una amplia cobertura de este fenómeno, hasta el momento, nula.

6. Referencias bibliográficas

Monografías y artículos académicos

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 6.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2024.

DOS SANTOS TAVARES, Rui Miguel – Casamento Forçado: uma aproximação civilística no Ordenamento Jurídico Português [En línea]. 2018. Dissertação de Mestrado, Univerdade de Coimbra, Coimbra, Portugal. [28/08/2024]. Disponible en <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85719/1/Casamento%20For%C3%A7ado%20-%20Tese%201.pdf>.

KRIZSÁN, Andrea; ROGGE BAND, Conny – *Politicizing Gender and Democracy in the Context of the Istanbul Convention*. Palgrave Pivot, 2021. ISBN-10:3030790681/ISBN-13:978-3030790684.

PALMA HERRERA, José Manuel – La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* / Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2015, ISBN 978-84-9085-434-1, págs. 375-411.

PARELLA, Sònia; GÜELL, Berta – Los matrimonios forzados como una forma de violencia de género desde un enfoque interseccional. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. ISSN 1133-6595. N 133 (2023), pp. 137-159.

SANTANA VEGA, Dulce María – La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica. *Nova et Vetera*. ISSN: 0123-2614. V 20, N 24 (2011), pp. 211-226.

Informes de organizaciones internacionales

Informe de la Organización Internacional del Trabajo – *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna Trabajo forzoso y matrimonio forzoso* [En línea].

2022. [28/08/2024]. Disponible en <https://www.ilo.org/es/publications/estimaciones-mundiales-sobre-la-esclavitud-moderna-trabajo-forzoso-y>.

Informe del Parlamento Europeo – *Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas* [En línea]. A8-0187/2018. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0187_ES.html.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños - *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/4/23*, párr. 58. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g07/104/13/pdf/g0710413.pdf>.

Normas internacionales y estatales

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 11 de mayo de 2011.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. N.º 281 (24/11/1995).

Otros

Fundación Alternativas – La lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [En línea]. 2023. [27/08/2024]. Disponible en: <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2024/02/Informe-aportes-directiva-vio-gen-vio-dom-2.pdf>.

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL NA UNIÃO EUROPEIA COMO INSTRUMENTO ESTRATÉGICO PARA UMA TRANSIÇÃO ENERGÉTICA JUSTA

*Nataly Carvalho Machado**

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. Contexto: transição energética justa no direito da União Europeia. 3. Contratação pública sustentável. 4. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: A consagração do “direito a uma transição justa”, no Pacto Ecológico Europeu, redireciona a contratação pública sustentável para um novo lugar de relevância na definição e execução das políticas ambientais da União Europeia. O presente texto pretende perceber se e como os contratos públicos, em contexto de transição energética, podem ser utilizados estrategicamente na prossecução das políticas socioambientais que permitam um crescimento económico dissociado da utilização dos recursos naturais e permitir uma sociedade equitativa por meio de uma transição justa.

Palavras-chave: Contratação pública sustentável – Políticas ambientais da União Europeia – Transição energética justa.

* Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho; Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Universidade do Minho, com bolsa de doutoramento financiada pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT 2023.04074.BD; Investigadora da Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governança – JusGov; e Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. E-mail: natalycmachado@gmail.com

Abstract: The enshrinement of the “right to a just transition” in the European Green Deal redirects sustainable public procurement to a new place of relevance in the definition and implementation of the European Union’s environmental policies. This text aims to understand whether and how public procurement, in the context of the energy transition, can be used strategically in the pursuit of socio-environmental policies that allow economic growth to be decoupled from the use of natural resources and enable an equitable society through a just transition.

Keywords: Sustainable public procurement – European Union environmental policies – Just energy transition.

1. Considerações introdutórias

Num cenário de construção e de concretização de um mercado único da União Europeia (UE), a contratação pública surge num papel crescente e relevante de reforço do próprio processo de integração político-jurídico-econômica europeia — e, porque não dizer, social —, e desempenha um papel central na garantia das liberdades individuais e econômicas por via de desenvolvimento sustentável alicerçado no conceito de “economia social de mercado”¹.

Com efeito, os contratos públicos assumem lugar de relevância numa dinâmica tanto de efetivação do próprio programa de integração política europeia, assente num crescimento económico equilibrado e competitivo, quanto na integração de exigências em matéria de proteção do ambiente na definição e execução das políticas e ações da União, no sentido de promover o desenvolvimento sustentável² e de garantir um elevado nível de proteção do ambiente³.

Nesse cenário, o ambiente assume um papel de centralidade nas políticas e no direito da União na prossecução de um desenvolvimento sustentável e na viabilização de projetos ambiciosos, nomeadamente da transição energética para fontes renováveis, conforme preconiza o Pacto Ecológico Europeu e toda a legislação decorrente desse documento. Documento esse que se trata de um novo roteiro de estratégias que exigem a organização e a cooperação das peças do quebra-cabeça institucional e político da União e dos seus Estados-Membros (EM), com vista a promover a transformação de todos os setores da economia europeia, bem como dar voz à sociedade europeia, através de um programa político inovador que enfrente os desafios climáticos e a degradação do ambiente e torne a economia da União sustentável⁴.

Para tanto, faz-se premente uma análise do plano jurídico-normativo da UE, designadamente do direito europeu da contratação pública sustentável, no sentido de perceber *se e como* os contratos públicos, no âmbito da transição energética, podem ser utilizados estrategicamente na prossecução das políticas socioambientais que permitam um crescimento económico dissociado da

1 Vide artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE): “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”.

2 Artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

3 Artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

4 Sobre o documento, a presidente Ursula von der Leyen afirmou o seguinte: “O Pacto Ecológico Europeu é a nossa nova estratégia de crescimento; um crescimento que adiciona mais do que subtrai. Mostra como transformar o nosso modo de viver e trabalhar, de produzir e consumir, por forma a termos uma vida mais saudável e a tornar as nossas empresas inovadoras. Todos podemos participar na transição e todos podemos beneficiar das oportunidades geradas. Se tomarmos a dianteira e avançarmos rapidamente, contribuiremos para que a nossa economia seja líder mundial. Estamos determinados em ser bem sucedidos, em prol do nosso planeta e da vida na Terra — em prol do património natural da Europa, da biodiversidade, das nossas florestas e dos nossos mares. Ao mostrarmos ao resto do mundo como ser sustentável e competitivo, podemos convencer outros países a avançarmos juntos”. Para mais informações, ver https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_19_6691 [10/02/2024].

utilização dos recursos naturais e uma sociedade equitativa por meio de uma transição justa, de modo a não deixar ninguém para trás⁵.

2. Contexto: transição energética justa no direito da União Europeia

A questão ambiental não é nova para a UE e, progressivamente, consolidou a política europeia do ambiente. Inicialmente, de uma forma mais dispersa, através de algumas diretivas e acórdãos do TJUE, e mais formalmente com o Ato Único Europeu que formalizou, no artigo 174.º, n.º 1, o “reconhecimento de natureza *transnacional* dos fenómenos de degradação do ambiente e preferencialmente *supranacional* das medidas de protecção do ambiente”⁶. Ou seja, pela primeira vez desde o início da construção europeia, uma competência específica da UE no plano ambiental. Entretanto, foi o Tratado de Maastricht⁷, assinado em 1992, o qual instituiu a UE, que determinou que as instituições europeias acomodassem um nível de proteção ambiental elevado⁸, ao acrescentar o princípio da precaução⁹, e o objetivo de promover no plano internacional medidas destinadas a enfrentar

5 COMISSÃO EUROPEIA – Pacto Ecológico Europeu. Bruxelas. [Em linha]. (11.12.2019). COM(2019) 640 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52019DC0640> [12/02/2024].

6 ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – Direito Comunitário do Ambiente. *CEDOJA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Ano IV (2001), p. 12.

7 Para mais informações, SOARES, António Goucha – *A União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 29-35. Cfr. também o Tratado de Maastricht sobre a União Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0026> [10/02/2024].

8 Importante frisar, como bem lembra a professora Alexandra Aragão, que, antes do TUE, a obrigação do nível elevado da proteção do ambiente apenas existia para as propostas da Comissão e, com a revisão, a referida exigência não estaria mais restrita às propostas da Comissão, mas também às do Conselho, com deliberações por maioria. Assim, estaria definido o impedimento da “redução da protecção comunitária do ambiente ao «mínimo denominador» entre os níveis de protecção de todos os Estados membros”. Ademais, o princípio do nível de proteção elevado deveria ser aplicado, levando-se em consideração a “diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade”. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – Direito Comunitário do Ambiente, *ob. cit.*, pp. 22-23.

9 A única referência expressa ao princípio da precaução no Tratado da Comunidade Europeia (CE) encontra-se no título consagrado ao Ambiente, no artigo 174.º, n.º 2, onde se lê que: “A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>, e atualmente no artigo 191.º, n.º 2, do TFUE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=SV> [10/02/2024].

os problemas regionais ou mundiais do ambiente^{10/11}. O Tratado de Maastricht afirma também o princípio da integração quando determina que as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas em todas as demais políticas europeias. No Tratado de Amesterdão de 1997, é reconhecido o princípio do desenvolvimento sustentável tal como definido no relatório *Brundtland* de 1987¹², e, posteriormente, na Cimeira da Terra do Rio, em 1992. Por último, mais recentemente, o Tratado de Lisboa de 2007 acrescenta um novo objetivo à política da União no domínio do ambiente e que deve tratar como um problema ambiental global.

É no ano de 2019, com a publicação do Pacto Ecológico Europeu (PEE)¹³, que o direito da UE estabelece um novo ponto de partida com um roteiro de estratégias ambiciosas e viáveis na direção contra as alterações climáticas e degradação ambiental, e que denota uma das políticas mais corajosas implementadas pela União ao apresentar um programa factível para enfrentar os desafios climáticos e ambientais. Ou seja, visa pôr em prática o enfrentamento necessário para uma transição ecológica justa que “não deixe ninguém para trás”, dotada de uma economia moderna, eficiente na utilização dos recursos e competitiva, que tenha zero emissões líquidas de gases com efeito de estufa até o ano de 2050, com um crescimento econômico dissociado da utilização dos recursos^{14/15}.

Imensa é a legislação vinculativa decorrente do PEE, tanto com novos regulamentos e diretivas quanto com alterações da legislação em vigor para o devido enquadramento dos objetivos traçados para se alcançar uma transição justa e a neutralidade climática, nomeadamente pela transição energética para fontes renováveis. Transição justa que é um termo que está em toda a parte e que ganhou destaque à medida que as múltiplas crises de colapso ambiental, injustiça social e desigualdades global e regional forçam os governos a agir sistematicamente para uma sociedade mais equitativa.

10 ARAGÃO, Alexandra – Ambiente. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coord.) – *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1092. Artigo 191.º, n.º 1, do TFUE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=SV> [12/02/2024].

11 MACHADO, Nataly Carvalho – *O princípio da solidariedade no Pacto Ecológico Europeu: implicações na integração europeia*. [Em linha]. 2023. MsC diss, Universidade do Minho, Braga, Portugal. Disponível em <https://hdl.handle.net/1822/86098> [12/02/2024].

12 “O conceito de desenvolvimento sustentável foi definido pela primeira vez no Relatório Brundtland de 1987, «O Nosso Futuro Comum» da Comissão Mundial para o Ambiente e o Desenvolvimento como «desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de resposta das gerações futuras às suas próprias necessidades». O relatório Visa conciliar o desenvolvimento económico e a proteção dos equilíbrios sociais e ambientais. Informação disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development 12/02/2024].

13 COMISSÃO EUROPEIA – Pacto Ecológico Europeu. *cit*.

14 Introdução da Comunicação sobre o PEE disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX%3A52019DC0640#footnote13> [12/02/2024].

15 Nesse sentido, sublinha o professor Filipe Duarte Santos que, “na UE, as emissões de GEE decresceram 24% desde o ano de referência de 1990 até 2019, enquanto a economia cresceu cerca de 60% no mesmo período, o que demonstra a compatibilidade entre a mitigação e a economia.” – SANTOS, Filipe Duarte – *Alterações Climáticas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021. p. 102.

O termo de ordem é “transição justa”, e aqui destaca-se a transição energética, a qual deve acontecer de forma justa e sem rupturas para as sociedades, especificamente para as pessoas de regiões socioeconomicamente menos favorecidas. Ou seja, há uma mudança de paradigma de todo um sistema de produção de energia a partir de combustíveis fósseis para a produção de energia a partir de fontes renováveis, tendo em conta questões sociais, econômicas e ambientais.

Há então uma combinação do conceito de transição justa com a União da Energia. União esta que procura reduzir a dependência da UE das importações de energia e lutar contra as alterações climáticas, ao viabilizar energia com preços acessíveis, segura e sustentável. A política energética da UE é agora uma política estratégica que está alicerçada em cinco pilares: (i) segurança energética, (ii) mercado interno da energia integrado, (iii) eficiência energética, (iv) descarbonização da economia e (v) investigação e inovação¹⁶. No entanto, trata-se de um processo longo e complexo em direção à descarbonização, visto que a UE se confronta com um cenário de grandes clivagens econômicas, ambientais e sociais entre regiões que estão mais à frente na transição e aquelas que estão mais dependentes dos combustíveis fósseis e das indústrias com utilização intensiva de carbono.

No setor da energia, o direito da União ancora-se em vários pacotes energéticos com o desígnio de eliminar obstáculos e barreiras comerciais, aproximar políticas fiscais e preços e medidas relativamente a normas e requisitos e regulamentar estratégias ambientais em todas as políticas a serem aplicadas, designadamente, na União da Energia. Isto é, em termos de quadro legislativo de descarbonização do setor energético, destaca-se aqui os quarto e quinto pacotes, de 2019 e 2021 respectivamente. O quarto pacote consistiu numa diretiva e em três regulamentos, os quais tinham por objetivo introduzir novas regras do mercado da eletricidade para energias renováveis e atrair investimentos, tanto para as empresas, traduzindo-se em maior competitividade, quanto para os cidadãos, com possibilidades de se tornarem mais ativos no mercado da energia –, a exemplo das Comunidades de Cidadãos para a Energia (CCE), previstas na Diretiva (UE) 2019/944¹⁷ relativa à eletricidade. O quinto pacote energético é o mais recente de todos e é intitulado de “Objetivo 55”. Esse pacote é constituído por uma série de propostas legislativas da Comissão Europeia e foi lançado com o desígnio de alinhar as metas energéticas da UE com as novas ambições europeias em matéria de clima para 2030 e 2050¹⁸, dada a crise energética decorrente da guerra na Ucrânia, e com o objetivo de assegurar uma transição equitativa e socialmente justa; manter e reforçar a inovação e a competitividade da indústria da UE; garantir simultaneamente condições de concorrência equitativas em relação a

16 Para mais informações, *vide* <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/energy-union/> [15/02/2024].

17 Para mais informações, *vide* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944> [15/02/2024].

18 Para mais informações, *vide* <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/45/internal-energy-market> [15/02/2024].

operadores económicos de países terceiros; e apoiar a posição de liderança da UE na luta mundial contra as alterações climáticas¹⁹.

Alinhado com o quadro jurídico supracitado e com todo um arcabouço jurídico muito mais amplo²⁰ para se atingir a neutralidade climática através de uma transição energética justa, há um caminho jurídico que necessariamente se cruza com política energética: diz respeito à política de coesão e dos fundos europeus²¹. Tais fundos representam não só um conjunto significativo de apoios destinados a investimentos que permitam impulsionar a coesão social, económica e ambiental como também um dos principais fios condutores para prossecução da contratação pública pela União e pelos EM.

São diversos os fundos europeus que devem ser coordenados pelos EM, nomeadamente na transição energética. Só para citar alguns fundos: o Fundo Europeu de Desenvolvimento Económico Regional (FEDER), que participa na mutação para uma economia de baixo carbono; o Fundo para uma Transição Justa (FTJ), com orçamento 2021-2027, a fim de atenuar as consequências económicas e sociais da transição ecológica nos territórios mais dependentes dos combustíveis fósseis; o Fundo de Coesão, que presta apoio aos EM no domínio do ambiente e das redes transeuropeias para infraestruturas de transportes; em caso de crise ambiental grave, catástrofes naturais de grandes dimensões, a União também presta assistência através do Fundo de Solidariedade; e o Fundo Social Europeu em matéria de Clima, que deve, por seu lado, dar um impulso às famílias, microempresas e utilizadores de transportes que se encontrem numa situação vulnerável, em especial aquelas que se encontrem em situação de pobreza energética e de mobilidade para enfrentar a transição ecológica.

Em suma, para aplicação de todos esses fundos europeus, os quais funcionam, em sua maioria (cerca de 70%), em regime de gestão partilhada entre a Comissão e as autoridades nacionais dos EM²², os contratos públicos têm papel fundamental no próprio funcionamento do mercado único, na realização das políticas de transição energética e na coordenação dos próprios fundos, já que o recebimento de cada fundo está condicionado à execução dos planos territoriais e de ação, bem como relatórios de acompanhamento apresentados pelos EM à Comissão. Ou seja, medidas que são “essenciais para aumentar a transparência,

19 Para mais informações, *vide* <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/> [15/02/2024].

20 O artigo 194.º do TFUE introduz uma base jurídica específica no domínio da energia com base em competências partilhadas entre a União Europeia e os seus Estados-Membros, conduzindo-os a uma política energética comum. Sobre a União da Energia e regras concernentes à governação, conferir em <https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/18.html?locale=pt> [15/02/2024].

21 Regras comuns sobre os fundos da União Europeia (2021-2027), disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/common-rules-on-eu-funds-2021-2027.html> [15/02/2024].

22 Para mais informações sobre financiamento, subvenções e subsídios da União Europeia, *vide* https://european-union.europa.eu/live-work-study/funding-grants-subsidies_pt [15/02/2024].

proporcionar clareza aos investidores e consumidores e permitir uma monitorização eficaz” dos fundos²³.

3. Contratação pública sustentável

A contratação pública é elemento fundamental no mercado único europeu e no próprio processo de integração e traduz-se em gastos anuais numa percentagem de 14% do produto interno bruto da UE²⁴. Atualmente, as legislações nacionais em matéria de contratos públicos constituem essencialmente uma transposição das diretivas europeias e representam um esforço de tentar “consolidar a integração europeia, aumentar a competitividade das empresas europeias e reforçar o cumprimento dos princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da eficiência, reduzindo assim o risco de fraude e corrupção”²⁵.

O direito europeu da contratação pública compõe um quadro harmonizado de regras e procedimentos que visa otimizar os fundos europeus e, também, fomentar o crescimento económico e o emprego. É nesse contexto que se apresenta o desígnio de equilibrar a salvaguarda do interesse público e a competitividade no mercado único através da aplicação de critérios sociais e ambientais nos procedimentos concursais, tendo como moldura o desígnio da neutralidade climática e de não deixar ninguém para trás.

Nesse cenário, o direito da UE relativamente aos contratos públicos é regido pelo direito primário e derivado, e vai desde os princípios gerais, disposições constitucionais e acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) até o pacote relativo aos contratos públicos e que abrange as Diretivas de 2014²⁶, nomeadamente, a Diretiva 2014/24/UE, que define as regras geralmente aplicáveis aos contratos públicos; a Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos

23 Sobre planos de ação para implementação de energias renováveis, *vide* considerando 30 da Diretiva 2018/2021 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32018L2001>. Sobre os planos territoriais de transição justa, conferir considerando 18, no que diz que “o apoio prestado pelo FTJ deverá ser condicionado à implementação efetiva de um processo de transição num território específico, a fim de alcançar uma economia com impacto neutro no clima. Para tal, os Estados-Membros deverão preparar, no diálogo social e em cooperação com as partes interessadas pertinentes, em conformidade com as disposições aplicáveis do Regulamento (UE) 2021/1060 sobre parcerias e com o apoio da Comissão, planos territoriais de transição justa, estabelecendo o processo de transição em consonância com os seus planos nacionais integrados em matéria de energia e de clima.”, do Regulamento (UE) 2021/1056 que cria o Fundo para uma Transição Justa, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32021R1056> [15/02/2024].

24 Relatório Especial 28/2023: Contratação pública na UE – Recuo da concorrência na adjudicação de contratos relativos a obras, bens e serviços entre 2011 e 2021 apresentado pelo Tribunal de Contas Europeu em 4 de dezembro de 2023, disponível em <https://www.eca.europa.eu/pt/publications/SR-2023-28> [15/02/2024].

25 *Idem*.

26 Para mais informações, *vide* <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/34/contratos-publicos> [15/02/2024].

transportes e dos serviços postais, e a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão. Diretivas essas que têm como mote a consagração do princípio da sustentabilidade.

Cumprе esclarecer que a revisão de 2014 das diretivas supracitadas teve por desígnio tornar a contratação pública mais flexível, simplificada e melhorar o acesso das pequenas e médias empresas (PME) aos contratos públicos, no sentido de obter resultados mais satisfatórios em relação aos objetivos socioambientais²⁷. Ou seja, todas as disposições jurídicas têm as mesmas orientações gerais e permitem viabilizar a eficiência da contratação pública e o uso adequado dos fundos públicos e europeus com base nos princípios²⁸ da liberdade de acesso aos contratos públicos; da igualdade de tratamento dos licitantes no acesso aos contratos públicos, cujo princípio de não discriminação é aplicável à abertura dos contratos públicos à concorrência; do reconhecimento mútuo; da proporcionalidade; e da transparência, que induz a publicidade prévia e a existência de critérios de escolha fixados *a priori*, que devem ser baseados no critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Tal critério de adjudicação foi introduzido na última reforma do direito da UE sobre as regras de contratação pública e baseia-se no princípio da “proposta economicamente mais vantajosa”, isto é, não somente os critérios sobre o preço e os custos do ciclo de vida dos produtos, mas também da qualidade da obra, dos bens ou dos serviços devem estar em causa, levando-se em consideração os aspectos qualitativos, ambientais, sociais e de inovação. Ou seja, “o comprador público, no entanto, é estimulado a entender este conceito com renovação (...) não chega dizer que a proposta economicamente mais vantajosa é sinónimo daquela que a entidade adjudicante considera ser a melhor solução, numa perspectiva global (...) como «proposta economicamente mais vantajosa», deve, de imediato, o legislador associar a tal conceito a expressão «melhor relação-qualidade-preço»²⁹.

27 Em Relatório Especial 28/2023: Contratação pública na UE – Recuo da concorrência na adjudicação de contratos relativos a obras, bens e serviços entre 2011 e 2021, apresentado pelo Tribunal de Contas Europeu em 4 de dezembro de 2023, o referido Tribunal analisou três aspetos específicos para verificar se os objetivos tinham sido alcançados até à data da auditoria: simplificação dos procedimentos de contratação, acesso mais fácil para as PME e recurso à contratação pública estratégica e concluiu que: “a gestão da contratação pública não se tornou mais simples”; “a duração dos procedimentos administrativos aumentou 50% desde 2011”; “em geral, os encargos administrativos dos procedimentos de contratação pública são considerados elevados, tanto pelos proponentes como pelas entidades adjudicantes; mais de metade dos inquiridos chamaram igualmente a atenção para a morosidade dos procedimentos administrativos, que constitui um fator dissuasor essencial para a participação das empresas na contratação pública”; e “os inquiridos indicaram que os procedimentos são demasiado complicados e menos flexíveis do que no setor privado e que não houve uma simplificação expressiva que tenha tornado os contratos públicos mais atrativos para as empresas”, disponível em <https://www.eca.europa.eu/pt/publications/SR-2023-28> [15/02/2024].

28 Diretiva 2014/24/UE, considerando (1).

29 FONSECA, Isabel Celeste M. – As mudanças e as respostas do direito e da ética para fomentar o crescimento sustentável”. In SARMENTO, Cristina Montalvão; GUIMARÃES Pandora; MOURA, Sandra (coord.) – *Confluências de culturas no mundo lusófono, XXVII Encontro Associação das universidades de Língua Portuguesa*. Campinas: Associação das Universidades de Língua Portuguesa – AULP, 2017. pp. 281-290, p. 287.

A Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos, é uma das diretivas da reforma do ano de 2014 e enquadra-se numa realidade de pretendida simplificação dos procedimentos de contratação, de facilitação de acesso para as PME e como recurso à contratação pública estratégica. A referida diretiva define a contratação pública como “a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público” e é clara quando alicerça tal contratação num dos princípios supracitados, qual seja o da igualdade de tratamento. Igualdade essa que, por sua vez, deve ser entendida como igualdade de oportunidades para todos, principalmente quando está inserida num contexto de se alcançar uma integração social profissional de setores e regiões socioeconomicamente mais vulneráveis. Vejamos o considerando 36 da mesma Diretiva:

“O emprego e o trabalho contribuem para a inserção na sociedade e são elementos essenciais para garantir a igualdade de oportunidades para todos. Neste contexto, as entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional podem desempenhar um papel significativo. O mesmo é válido para outras empresas sociais cujo objetivo principal é apoiar a integração ou reintegração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, tais como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados. Contudo, essas entidades ou empresas podem não estar aptas a obter contratos em condições de concorrência normais. Por conseguinte, é conveniente prever que os Estados-Membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido.”

Ainda sobre aspectos qualitativos, essa mesma Diretiva, no considerando 37³⁰, estabelece que “é particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados”, com o dever de integrar adequadamente os requisitos ambientais³¹, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública.

Com efeito, percebe-se um alinhamento das regras de contratação pública sustentável com os princípios da legislação da UE, em particular com os princípios do desenvolvimento sustentável, em todas as suas dimensões, e com o

30 Diretiva 2014/24/UE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> [15/02/2024].

31 FONSECA, Isabel Celeste M. - O (novo) conceito de “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. In ESTORNINHO, Maria João – *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016. pp. 49-56, p. 55.

princípio da integração ambiental, no qual é reconhecido o carácter transversal do ambiente e a necessidade de que as exigências em matérias ambientais devem ser integradas em todas as políticas e ações da UE.

E não só: há uma conjugação de regras da contratação pública que visam permitir um diálogo entre a defesa da concorrência e da salvaguarda das liberdades económicas fundamentais³² no mercado único com a prossecução de objetivos socioambientais comuns que fomentem a “melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios societais” e a “utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e societais no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, consequentemente, à promoção de um crescimento económico sustentável”³³.

Assim, o direito europeu da contratação pública traduz-se na consideração do desenvolvimento sustentável, bem como na responsabilidade social dos compradores públicos nos contratos públicos e parece pavimentar um caminho de adjudicação de contratos públicos sustentáveis. Contratos esses que funcionam como mecanismos estratégicos para a aplicação das regras sociais e ambientais num contexto que se pretende de crescimento inteligente, sustentável e integrador³⁴ e de transição ecológica justa³⁵. Ou seja, ao adjudicar os seus contratos, as autoridades locais decidem sobre o preço de compra e, também, sobre a qualidade dos produtos e serviços que comprem, permitindo que critérios sociais e ambientais sejam direcionados às empresas contratantes, com respaldo no princípio da transparência na definição dos critérios ambientais.

Em termos de contratação pública sustentável, ainda, é premente destacar o princípio da transparência, pois apresenta-se como um dos alicerces para fazer face às fragilidades estruturais do procedimento concursal e, consequentemente, quando da realização das políticas públicas europeias em matéria de proteção ambiental, coesão económica e social, e gestão dos fundos europeus³⁶. Nesse sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO sustenta que se faz necessário “um repensar

32 Para mais desenvolvimentos sobre a importância dos contratos públicos na consolidação do mercado único da União Europeia, cfr. VIANA, Cláudia – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 19.

33 Diretiva 2014/24/UE, considerando (47).

34 COMISSÃO EUROPEIA – EUROPA 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Bruxelas. [Em linha]. (3.3.2010). COM(2010) 2020 final. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020#_15/02/2024; MOLINA, José Antonio Moreno – Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública. *El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires. N.º 13.536, Año 2014 (Julio de 2014), pp. 1-6.

35 COMISSÃO EUROPEIA – Pacto Ecológico Europeu. *cit*.

36 Considerando (2) da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos: “a contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» (a seguir designada «Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo»), como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos”. Mais: COMISSÃO EUROPEIA – EUROPA 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. *cit*.

do significado da contratação pública e um recentrar de prioridades (...) os contratos públicos não são oportunidades de negócio para as entidades públicas (negócios que acabam por se revelar, em tantos casos, ruinosos para o erário público e para os cidadãos), mas sim instrumentos de realização de tarefas públicas, ao serviço das mais variadas políticas públicas”³⁷.

A legislação europeia em matéria de contratos públicos, portanto, parece ser impulsionada por uma lógica simples: garantir a igualdade de acesso de todas as empresas do mercado único da UE a todos os contratos públicos, nomeadamente as PME, conforme regras dos fundos europeus em vigor. Isso não significa, entretanto, que a definição de critérios ambientais e sociais nas contratações públicas pelos EM, por meio da harmonização do direito europeu, implica soluções práticas que melhorem, necessariamente, a gestão dos fundos europeus, um aumento da concorrência com garantia de igualdade entre as empresas e o acesso aos contratos públicos pelas micro, pequenas e médias empresas.

O reforço de mecanismos que salvaguardem uma melhor aplicação dos critérios ambientais nos procedimentos concursais ainda é um desafio, não só para a Administração Pública, mas também para o comprador público, pois vários são os requisitos a serem preenchidos numa compra pública sustentável e socialmente inclusiva. Daí a necessidade de se “conhecer o estado da arte em matéria de contratação pública – e daí, também, a necessidade de diálogo com o mercado, com a academia, com a ciência”³⁸.

4. Conclusões

A UE assenta na premissa de desenvolver políticas comuns para defender interesses comuns. Exige solidariedade entre os seus Estados-Membros e entre os seus cidadãos para alcançar esses objetivos e usufruir dos seus benefícios, atuando todos em consonância com as suas próprias capacidades e competências e respeitando as diferentes especificidades nacionais e pontos de partida para alcançar o objetivo final. E não podia ser diferente no âmbito da contratação pública sustentável, visto que tais contratos representam parcela significativa do produto interno bruto da União, e são um dos principais instrumentos para fazer face às políticas traçadas para se atingir a neutralidade climática com uma transição energética justa e que não deixe ninguém para trás.

Ora, num cenário de crise climática, no qual se pretende realizar uma transição energética para energias renováveis e dissociar o crescimento económico do consumo de combustíveis fósseis, e cuja transição justa está no centro do plano de neutralidade climática, uma contratação pública sustentável é instrumento primordial para fomentar referida transição e não deixar ninguém para

37 ESTORNINHO, Maria João – A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e *amiga* do bem comum. In ESTORNINHO, Maria João – *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016. pp. 7-11, p. 7.

38 FONSECA, Isabel Celeste M. – O (novo) conceito de “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. *ob. cit.*, p. 287.

trás. Até porque parte considerável dos fundos europeus para prossecução da transição energética são e serão utilizados via procedimentos concorrenciais para contratações que efetivem a própria transição energética³⁹. E é assim porque, ainda que o quadro europeu em matéria de contratação pública sustentável e socialmente responsável represente um arcabouço sólido de legislação, ainda existem lacunas que precisam ser preenchidas.

Nesse contexto, se o acento tônico for colocado na “definição de critérios ambientais claros e transparentes aplicáveis nos procedimentos concursais”⁴⁰, e numa possível uniformização vinda do direito da UE quanto à definição sobre quais seriam esses critérios ambientais, possivelmente possam os contratos públicos sustentáveis funcionar como um poderoso instrumento de preenchimento de lacunas para prossecução de uma transição energética que se pretende justa. Tanto a nível de participação dos cidadãos no processo de decisão, a fim de incentivar a aceitação, a cooperação e a confiança dos cidadãos na administração em sentido *lato*, quanto a nível de reforço da confiança e do acesso, principalmente pelas pequenas e médias empresas, às informações necessárias e ambientalmente definidas para acesso aos procedimentos concursais. Tudo isso, sem esquecer, com o acompanhamento e monitoramento (que precisa ser efetivo na prática) por parte da Comissão Europeia na gestão dos fundos europeus e, consequentemente, da execução desses contratos públicos.

Assim, numa época de crises sociais, económicas, políticas e ambientais, a contratação pública sustentável, que abrange também uma contratação pública socialmente responsável⁴¹, ganha destaque como mecanismo determinante para colmatar lacunas e complexidades⁴² que precisam de ser suprimidas no âmbito da execução dos contratos públicos para uma transição energética e, outrossim,

39 O Fundo para uma Transição Justa (FTJ) “é um dos pilares do Mecanismo para uma Transição Justa, executado no âmbito da política de coesão” e tem como objetivo “atenuar os efeitos adversos da transição climática, apoiando os territórios e os trabalhadores mais afetados e promover uma transição socioeconómica equilibrada; em conformidade com o objetivo específico único do FTJ, as ações por ele apoiadas deverão contribuir diretamente para aligeirar o impacto da transição, atenuando as repercussões negativas sobre o emprego e financiando a diversificação e a modernização da economia local”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1056> [15/02/2024].

40 No contexto de Portugal, *vide* Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, que define os critérios ecológicos aplicáveis à celebração de contratos por parte das entidades da administração direta e indireta do Estado, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/132-2023-223267497> [15/02/2024].

41 FONSECA, Isabel Celeste M. – O (novo) conceito de “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. *ob. cit.*, p. 282.

42 “Embora o recurso a contratos de aquisição de energia renovável esteja a aumentar anualmente, a quota de mercado dos projetos de aquisição de energia renovável representa ainda apenas 15% a 20% da implantação anual. Além disso, os contratos de aquisição de energia renovável estão limitados a determinados Estados-Membros e a grandes empresas com contacto direto com os clientes. Por último, a maioria dos contratos de aquisição estão limitados à eletricidade renovável, apesar de 70 % da procura de energia industrial e comercial ser aquecimento”, em COMISSÃO EUROPEIA – Recomendação da Comissão relativa à aceleração dos procedimentos de concessão de licenças para projetos no domínio da energia renovável e à facilitação dos contratos de aquisição de energia. Bruxelas. [Em linha]. SWD(2022) 0149 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1698152316743&uri=CELEX%3A52022SC0149> [15/02/2024].

dar resposta a uma transição justa ao contribuir – assim o deve(ria) ser – com a diminuição das clivagens socioeconômicas entre as regiões da União e dentro dos próprios Estados-Membros.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandra – Ambiente. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coord.) – *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – Direito Comunitário do Ambiente. *CEDOJA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Ano IV (2001).

ESTORNINHO, Maria João – A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In ESTORNINHO, Maria João – *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016.

FONSECA, Isabel Celeste M. – As mudanças e as respostas do direito e da ética para fomentar o crescimento sustentável”. In SARMENTO, Cristina Montalvão; GUIMARÃES Pandora; MOURA, Sandra (coord.) – *Confluências de culturas no mundo lusófono, XXVII Encontro Associação das universidades de Língua Portuguesa*. Campinas: Associação das Universidades de Língua Portuguesa – AULP, 2017.

FONSECA, Isabel Celeste M. – O (novo) conceito de “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. In ESTORNINHO, Maria João – *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016.

MACHADO, Nataly Carvalho – *O princípio da solidariedade no Pacto Ecológico Europeu: implicações na integração europeia*. [Em linha]. 2023. MsC diss, Universidade do Minho, Braga, Portugal. Disponível em <https://hdl.handle.net/1822/86098> [12/02/2024].

MOLINA, José Antonio Moreno – Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública. *El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires. N.º 13.536, Año 2014 (Julio de 2014).

SANTOS, Filipe Duarte – *Alterações Climáticas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021.

SOARES, António Goucha – *A União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2006.

VIANA, Cláudia – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ANÁLISIS NORMATIVO DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO, MÉXICO

*Oscar Sevilla-Herrera**

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial? 3. Protección del patrimonio cultural inmaterial a tres niveles. 4. Antecedentes legislativos en el Estado de Guanajuato. 5. Panorama actual del marco normativo en el Estado de Guanajuato. 6. Áreas de reforma como ruta de mejoramiento. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

Resumen: El texto colocará en perspectiva la legislación cultural del Estado de Guanajuato, México, basándonos en el supuesto de que el patrimonio cultural inmaterial (PCI) es una incorporación reciente del derecho positivo, pues hasta 2003 se emitió la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial por parte de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Trabajaremos siguiendo cronológicamente el marco normativo, con el objetivo de aportar un panorama destacando aciertos, identificando debilidades y presentando propuestas de mejora.

Palabras clave: Patrimonio Inmaterial – Legislación Cultural – Leyes de Guanajuato.

* Candidato a Doctor en Protección del Patrimonio Cultural por la Universidad de Santiago de Compostela, España, Maestro en Nueva Gestión Cultural en Patrimonio y Arte y Licenciado en Derecho ambos grados por la Universidad de Guanajuato, México. E-mail: oscar.sevilla@rai.usc.es

Abstract: The following text will offer a perspective on the cultural legislation of the State of Guanajuato, Mexico, based on the premise that intangible cultural heritage (ICH) is a recent addition to positive law, as the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage was not issued by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization until 2003. We will follow a chronological approach to the regulatory framework, aiming to provide an overview that highlights successes, identifies weaknesses, and present proposals for improvement.

Keywords: Intangible heritage – Cultural legislation – Laws of Guanajuato.

1. Introducción

El presente trabajo cumple con la finalidad de colocar en perspectiva la legislación existente en el Estado de Guanajuato, México, sobre la forma en que incorpora al patrimonio cultural inmaterial o intangible (PCI, de aquí en adelante) dentro de su contenido. Nos basamos en el supuesto de que las problemáticas culturales tienen un dinamismo evolutivo haciéndolas proclives a cambios radicales con el propio paso del tiempo y las nuevas necesidades humanas. Por su parte, los instrumentos normativos tienden a ser una compilación estática temporal, ya que para que tengan modificaciones deben pasar por un riguroso y, en ocasiones, extenso proceso legislativo e incluso parlamentario. Además, las adhesiones a cada ley no están exentas de intromisiones desde los espectros políticos, económicos o sociales dada la multiplicidad de agentes que tienen cabida en la temática, ante todo este escenario Guanajuato posee un marco normativo considerable en materia de PCI.

La modalidad con la que trabajaremos será partir de la construcción cronológica de dicho marco normativo, entendiendo que existen leyes que ostentan un estatus de abrogadas, implicando una anulación de aplicación en el esquema positivo, no obstante, representan un antecedente en las nuevas construcciones normativas. Por otro lado, atenderemos al análisis contemporáneo de las leyes vigentes, desglosando su contenido con el objetivo de vislumbrar su composición, lo que nos llevará al cuestionamiento, ¿Es suficiente la legislación?, ¿Posee una estructura idónea? y ¿Qué hace falta considerar de acuerdo con las tendencias?

La intención es aportar un panorama sobre este compilado, en el cual destacaremos los aciertos, pero también nombraremos debilidades que puedan mermar su correcto funcionamiento, toda vez que se trata de instrumentos que suponen ser un aliciente para el enriquecimiento y desarrollo de las personas en el sentido individual y colectivo. Dado que existen tópicos por pulir o por incluir, se presentará una propuesta de mejora en la que se sustente una orientación con miras a próximas reformas.

2. ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?

Debemos partir desde el estudio teórico que nos ayude a entender el concepto principal con el que estamos trabajando el PCI. Si nos remitimos a una postura institucional es inevitable tomar en cuenta a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que a través de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial adoptada en 2003, desempeña un papel fundamental en la protección y promoción de este patrimonio. En dicho instrumento se encuentra la definición de PCI, específicamente en su artículo 2 numeral 1, cuyo contenido se reproduce a continuación:

“Se entiende por ‘patrimonio cultural inmaterial’ los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades,

los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.”¹

La Convención busca asegurar que estas prácticas y tradiciones sean reconocidas, respetadas y preservadas, destacando su valor no solo como patrimonio cultural, sino como recurso vital para el desarrollo sostenible y la cohesión social. Para efectos prácticos si desglosamos el concepto, podemos advertir que el PCI se integra desde cuatro ámbitos, denominados como dimensiones: 1. Es tradicional, contemporáneo y viviente al mismo tiempo; 2. Es un factor integrador de la comunidad; 3. Es representativo; y 4. Está basado en la comunidad quienes lo vitalizan y promueven su flujo.

Pese a su importancia, el PCI no deja de ser un elemento sumamente frágil, de ahí la necesidad de prestarle especial atención, como mencionan AMESCUA Y TOPETE, “El patrimonio cultural inmaterial está en constante cambio: se crea, se recrea, se enriquece, se matiza, agoniza e incluso muere”². De esta manera, la protección al patrimonio intangible se despliega desde aristas tan diversas como la economía, la sociología, la educación y, sobre todo, el derecho, por medio de su inclusión en las legislaciones o instrumentos internacionales.

3. Protección del patrimonio cultural inmaterial a tres niveles

Nuestro enfoque parte del estudio normativo, si bien nos centraremos en el Estado de Guanajuato, México, la normativa que regula el PCI no se limita a la mera legislación local, sino que se enmarca en un sistema jurídico compuesto por distintas capas. Es así como tomaremos la referencia de la protección a tres niveles: El primero, se justifica en la creación de instrumentos internacionales desde múltiples organizaciones; el segundo, conforme a las leyes de aplicación federal en México; y el tercero, de acuerdo con la propia construcción normativa del Estado de Guanajuato que será el nivel al que le prestemos mayor atención.

Para el primer nivel, ya dimos un adelanto siendo la UNESCO la organización que mayor impulso ha prestado al PCI aun cuando la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial del 2003 es uno de los documentos de mayor importancia no es el único. Antes que nada, debemos distinguir

1 Artículo 2, numeral 1, de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Biblioteca Digital UNESCO, publicada el 17 de octubre de 2003, disponible en: https://ich.unesco.org/doc/src/2003_Convention_Basic_Texts-2022_version-ES.pdf.

2 AMESCUA, C.; TOPETE, H. – *Experiencias de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Nuevas miradas*. Ed. Bonilla Artigas, CRIM – UNAM, 2015. p. 11.

que la UNESCO emite tres tipos de documentos: Convenciones, Declaraciones y Recomendaciones, a grandes rasgos la diferencia entre ellos se basa en la medida en que son capaces de crear obligaciones vinculantes. Mientras que las convenciones al ser ratificadas por las naciones se vuelven de cumplimiento obligatorio, las declaraciones deben incluir dicha obligatoriedad de forma positiva para que se vuelva vinculante; finalmente, las recomendaciones tienen como propósito influenciar en el desarrollo de las legislaciones y las prácticas nacionales sin la necesidad de ser sujetas a ratificación.

Hecha la distinción, por parte de la UNESCO, tendríamos aunada a la convención de 2003, la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005; sobre las declaraciones podemos mencionar a Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001; finalmente, respecto a las recomendaciones encontramos a la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural de 1976 y la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular 1989, por mencionar algunos casos³.

Otras de las organizaciones internacionales que tienen injerencia en la protección normativa del PCI son el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS) con instrumentos como la Declaración de Quebec sobre la Preservación del Espíritu del Lugar y la Carta ICOMOS de Itinerarios Culturales ambas de 2008 o la Carta de Burra para Sitios de Significación Cultural de 2013⁴. También el Consejo Internacional de Museos (ICOM) aporta la Carta de Shanghái sobre Museos, Patrimonio Inmaterial y Globalización de 2002⁵ y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con la creación de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas de 1985⁶.

Si nos desplazamos a un segundo nivel, es decir, el nacional en México tenemos las leyes federales, nacionales y generales, la diferencia entre ellas sopesa en que las primeras regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender al ámbito federal; las segundas inciden de forma válida en todos los órdenes jurídicos integrantes del Estado Mexicano y se originan en cláusulas constitucionales; y las terceras poseen aplicación directa en todo México sin influir el orden de gobierno, limitándose al ámbito de

3 Para acceder al texto completo de cada instrumento se anexa el enlace de consulta del área de Acción Normativa dependiente de la sección de Asuntos Jurídicos de la UNESCO: <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/standard-setting?hub=66535>.

4 Para acceder al texto completo de cada instrumento se anexa el enlace de consulta del área de Documentos Doctrinales de la Biblioteca y Recursos del ICOMOS: <https://icomos.es/biblioteca-y-recursos/>.

5 Carta de Shanghái sobre Museos, Patrimonio Inmaterial y Globalización, *Consejo Internacional de Museos* (20-25.10.2002), texto completo: https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/Shanghai_Charter_Eng.pdf.

6 Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, *World Intellectual Property Organization*. (15.12.1980): https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_2/wipo_grtkf_ic_2_7-annex1.pdf.

competencia que les permite la constitución, aquí los Estados pueden emitir su propia ley en la materia.

Sobre el PCI, podríamos decir que tenemos dos tipos de leyes que hemos decidido clasificar como directas e indirectas, serán directas cuando el propio contenido de la ley tenga su enfoque sobre cultura o patrimonio cultural; serán indirectas cuando el tema central de la ley sea otro, pero algún título, capítulo, artículo o fracción tenga como epicentro al Patrimonio Cultural en sentido extenso o al PCI. Así pues, en México tendríamos como leyes directas las siguientes: La Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de 1972, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de 2003, la Ley General de Cultura y Derechos Culturales de 2017 y la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas de 2022, por mencionar algunos casos. Mientras que de forma indirecta encontramos a la Ley Federal de Cinematografía de 1992, la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, la Ley General de Turismo de 2009 o la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas de 2018 o la Ley General de Bibliotecas de 2021⁷.

Será más o menos la misma dinámica con la que desarrollaremos el nivel tres de protección, siendo lo concerniente a las leyes estatales en Guanajuato, pero un poco más de profundización en los siguientes apartados⁸.

4. Antecedentes legislativos en el Estado de Guanajuato

En el Estado de Guanajuato existen dos antecedentes legislativos, es decir, dos leyes que se encuentran abrogadas, pero que poseían una dirección encaminada a la temática cultural. Estamos hablando de la Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato de 1992⁹ y de la Ley de Fomento y Difusión de la Cultura para el Estado de Guanajuato y sus Municipios de 2015¹⁰, cabe destacar que dichas leyes no coexistieron mientras tuvieron vigencia, en cierta medida, fueron una secuencialidad en la que, con la publicación de una, la anterior pasó a estar en desuso, es decir son el síntoma de una transición legislativa de mejora e innovación para llegar a la actual Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato emitida en 2018 y reformada en 2024¹¹.

7 Para consultar todas las leyes federales vigentes en México promovidas por la Cámara de Diputados – LXV Legislatura, se anexa el enlace de consulta: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

8 Para consultar el compilado de leyes estatales activas y abrogadas en el Estado de Guanajuato, se anexa el enlace de consulta: <https://www.congresogto.gob.mx/legislacion>.

9 Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 98 (08.12.1992).

10 Ley de Fomento y Difusión de la Cultura para el Estado de Guanajuato y sus Municipios de 2015 – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 64 (21.04.2015).

11 Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 187 (17.09.2024).

Planteado el historial, conozcamos los pormenores de la Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato, primero sus generales, se trataba de una ley de orden público y de observancia general con aplicación obligatoria en el Estado de Guanajuato. De acuerdo con su artículo 2, se reconocía el derecho a los individuos para tener acceso y participar en la vida cultural de la comunidad; por otro lado, se encargaría de establecer la estructura y funcionamiento de los órganos encargados de la actividad cultural en el Estado. Podríamos decir que se enmarcaban dos objetivos primordiales, en principio el acceso, desenvolvimiento y participación de los ciudadanos como eje central de los derechos culturales; y de manera subsecuente, la obligación del Estado para garantizar, mediante sus instituciones, las vías más idóneas para el ejercicio de tales derechos con satisfacción.

Si nos enfocamos en el PCI, no se hace una mención directa, aunque si aplicamos un criterio interpretativo nos remitimos al Título Tercero que lleva por nombre *De la Investigación y Preservación de la Cultura Local e Indígena*. En este título se insta a buscar el conocimiento de las diversas manifestaciones del pasado y del presente difundiendo sus expresiones según el artículo 22. Es así como se deben implementar medidas conducentes a la preservación, promoción, difusión e investigación de la cultura indígena y local, siguiendo el artículo 26, encontramos las siguientes: Respetar sus costumbres, tradiciones y formas de vida; promover su desarrollo, con apego a su idiosincrasia; estimular su inventiva artesanal y artística; y promover muestras de la cultura indígena y local, a nivel internacional, nacional, estatal y municipal.

Nos inclinamos por resaltar estas medidas porque son las que presentan mayor concordancia con las expresiones o manifestaciones que se conciben como PCI. Por ejemplo, las costumbres, tradiciones o formas de vida como el vehículo principal que promueve su flujo; pasa algo similar con el desarrollo de la idiosincrasia puesto que una conexión con el propio patrimonio propicia su mantenimiento; asimismo, estimular la inventiva artesanal y artística como procesos de creación tradicionales son vitales para exponer muchas maneras de ornamentación material del PCI; y, finalmente, la promoción de la cultura, en este caso indígena y local, busca alcanzar otros espacios para su difusión.

El siguiente antecedente es la Ley de Fomento y Difusión de la Cultura para el Estado de Guanajuato y sus Municipios, con su emisión se tuvo por abrogada la ley mencionada anteriormente¹². En este nuevo instrumento las disposiciones también son de observancia general y tienen por objeto el fomento y la difusión de la cultura, incluyendo con ello el patrimonio del Estado de Guanajuato. Al igual que su predecesora, pretende garantizar el acceso y participación de los ciudadanos en la vida cultural, así como regular las acciones de fomento y desarrollo de la cultura en el Estado de Guanajuato, con los respectivos órganos encargados de la preservación e investigación.

Es importante mencionar que en el Título II del Capítulo Primero de esta ley se incluyen las políticas culturales, estableciendo sus finalidades en el

12 Cit. nota 10.

artículo 3, de las cuales rescatamos las siguientes: El reconocimiento de la cultura como eje fundamental en la planeación, el desarrollo social y humano con equilibrio entre la tradición y la modernidad; preservar, promocionar, difundir e investigar la diversidad cultural local, regional y nacional, para mantener nuestra identidad y fortaleza como Estado y como Nación; y crear los mecanismos que garanticen la conservación, investigación y difusión de la cultura local y de las manifestaciones culturales de los grupos indígenas asentados en el territorio del Estado.

Traemos a colación estas políticas puesto que la primera de ellas justifica la importancia de la tradición, la segunda nos habla de cuestiones de reconocimiento hacia la identidad y la última sobre las manifestaciones de las comunidades originarias. Todas ellas se relacionan con las dimensiones del PCI, ya que abonan al epicentro de su distribución. Pero, como nuestro interés es conocer la forma en que se plasma el PCI en esta normativa, debemos comenzar advirtiendo que se replica un ejercicio similar como en el primer antecedente, debido a que toma de una forma prácticamente mimética el contenido. Nos remitimos al Título Tercero que, al igual que a la ley anterior, lleva por nombre *De la Investigación y Preservación de la Cultura Local e Indígena*. También se pretende incentivar la investigación sobre las manifestaciones y expresiones culturales, buscando el conocimiento efectivo del pasado y presente, así como su incorporación en los esquemas educativos todo esto plasmado en los artículos del 26 al 28.

Sobre el PCI, fomenta la implementación de medidas conducentes para su preservación, promoción, difusión e investigación, prácticamente en los mismos términos que el primer antecedente, siendo tal cual una copia exacta de las medidas que ahora encontramos en el artículo 30. Esto quiere decir que sin importar la innovación legislativa en ciertos aspectos el PCI seguía siendo un área descuidada dentro de la protección jurídica, al no incluirse de forma directa y mucho menos terminológica.

5. Panorama actual del marco normativo en el Estado de Guanajuato

Concluidos los antecedentes es turno de adentrarnos en el panorama contemporáneo, puesto que las dos leyes que analizamos sirvieron de precursoras para llegar a la legislación en materia cultural actual del Estado de Guanajuato, nos referimos a la Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato emitida en 2018 y reformada en 2024¹³. Esta ley podríamos catalogarla como la principal referencia normativa, pese a no ser la única que abarca aspectos culturales, si lo es en cuanto a tener leyes abrogadas en su ilación. Iniciamos su desglose mencionando que se trata de un cuerpo normativo innovador a diferencia de sus predecesoras, poseyendo cambios significativos a lo largo de su estructura.

Para comenzar, sus disposiciones son de orden público compaginado con el interés social, teniendo por objeto el fomento, difusión, promoción y protección

13 Cit. nota 11.

del ejercicio de los derechos culturales, desde la inclusión del interés social denota una intención distinta sobre la forma de ejecutarse. En su artículo 2 se establecen las finalidades de este instrumento, colocaremos las que consideramos más pertinentes para atender las necesidades del PCI: Garantizar el acceso y participación de las personas en la vida cultural; reconocer los derechos culturales; y promover y respetar la continuidad y el conocimiento de la cultura del estado en todas sus manifestaciones y expresiones.

En esta ley resalta que el PCI se menciona de una forma directa, utilizando el término *patrimonio intangible*, lo vemos reflejado en el artículo 7, mismo que establece la serie de derechos culturales en el Estado de Guanajuato, para ser específicos su fracción II dicta lo siguiente: “Procurar el acceso al conocimiento y a la información del patrimonio tangible e intangible de las culturas que se han desarrollado y desarrollan en el territorio nacional, en el Estado y de la cultura de otras comunidades, pueblos y naciones.”

La inclusión terminológica al interior del cuerpo normativo es un claro avance de desarrollo teórico legislativo, pese a que como tal no se concrete una postura conceptual. Lo que si observamos es el despliegue de una postura institucional sobre la actividad patrimonial entendiendo sus particularidades. Como prueba de ello, podemos remitirnos al artículo 10 en el que se evoca que tanto el Instituto Estatal de la Cultura como los municipios en el ámbito de su autonomía deben desarrollar acciones para investigar, conservar, proteger, fomentar, formar, enriquecer y difundir el patrimonio cultural en sus vertientes tanto tangibles como intangibles, regulando su resguardo e incentivando la participación de los sectores de la sociedad civil y los pueblos originarios distribuidos en el Estado.

Siguiendo precisamente como una línea de cuestionamiento, nos queda encontrar la forma en la que se conceptualiza al PCI en la legislación guanajuatense, sin embargo, dicho concepto lo encontramos disperso en otras dos leyes siendo una curiosa situación que una es previa y otra posterior al año 2020. Estamos hablando de la Ley del Patrimonio Cultural para el Estado de Guanajuato¹⁴, publicada en 2006 y teniendo su última reforma en 2021, definiendo al PCI, de acuerdo con su artículo 3, fracción V como: “El conjunto de conocimientos y representaciones culturales, tradiciones, usos, costumbres, sistema de significados, formas de expresión simbólica y lingüística, que son la base conceptual y primigenia de las manifestaciones materiales de tradición popular de los distintos grupos culturales y étnicos de la población guanajuatense.”

Mientras que el otro instrumento es la Ley para la protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el estado de Guanajuato¹⁵ que fue emitida en 2011 y reformada en 2018. Aquí se define, a nuestro criterio, de mejor manera al PCI pues según su artículo 6 fracción IX: “Son todos aquellos usos, costumbres, representaciones, tradiciones, manifestaciones o expresiones artísticas y

14 Ley del Patrimonio Cultural para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 142 (19.07.2021).

15 Ley para la protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 203 (10.10.2018).

culturales, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, conocimientos y técnicas, producto de la actividad intelectual creativa del individuo y de la comunidad en su contexto cultural o espiritual, los cuales son transmitidos de generación en generación, recreados constantemente en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad.”

Ambas definiciones nos transportan la esencia del PCI, pues damos cuenta de su diversidad al poder manifestarse en ámbitos sumamente heterogéneos. También presenciamos su base en la comunidad, desde el sujeto individual hasta la colectividad aportando factores como identidad o representación mismos que se conservan por medio de la transmisión generacional. Sin duda, por todo lo descrito, nos encontramos ante un espectro que evoca a la tradición, pero que se encuentra vivo en las épocas actuales.

Ahora de forma dispersa y como otro ejercicio de leyes indirectas, podemos mencionar que de forma superficial en el Estado de Guanajuato encontramos dos. Primero, la Ley para el Fomento de la Industria Cinematográfica y Audiovisual del Estado de Guanajuato¹⁶ publicada en el año 2014 y sin modificaciones a la fecha, en su artículo 4 se establecen los principios rectores que regirán las actividades cinematográficas y audiovisuales en Guanajuato, consistiendo en tres: El desarrollo integral, la diversidad y la tolerancia. Para efectos de nuestro tema el principio de diversidad se basa en ser analíticos de la diversidad pluricultural y pluriétnica, fomentando que los entornos y contextos reales sean los que la industria cinematográfica y audiovisual tomen en cuenta, siempre respetando las formas culturales, lingüísticas y étnicas que se desenvuelven en Guanajuato.

Sin duda, la implementación de la diversidad cultural como elemento de creación en la industria del cine promueve una inclusión amplificada para la consideración del PCI en otros sectores fuera de los tradicionales, además de incrementar los alcances de la difusión como una estrategia de gestión cultural. Reconocer que la composición de la sociedad guanajuatense se asocia a grupos humanos no homogéneos enriquece la construcción de las obras artísticas.

La segunda ley indirecta con la que trabajaremos es la Ley de Turismo para el Estado de Guanajuato y sus Municipios¹⁷ emitida en 2022 y sin contar con reformas, dentro de sus objetivos se tiene el desarrollo armónico de las políticas turísticas, pero siempre con miras a la conservación y fomento de la identidad cultural regional y local. Esta ley toma a consideración conceptos propios como la oferta turística en la que se incluyen los atractivos culturales; el patrimonio turístico como bienes y recursos históricos, naturales o culturales; y el potencial turístico, significando los alicientes de cada municipio zona o región en función de su patrimonio cultural para convertirse en atractivos propicios para el turismo.

16 Ley para el Fomento de la Industria Cinematográfica y Audiovisual del Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 102 (27.06.2014).

17 Ley de Turismo para el Estado de Guanajuato y sus Municipios – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 260 (30.12.2022).

En cierta forma, toma una postura utilitarista del patrimonio cultural, pero siempre que se vea enfocado a un aprovechamiento, difusión y promoción sin caer en excesos, puede convertirse en una ruta beneficiosa para la salvaguardia de los valores culturales. De igual manera, incluirse un aprovechamiento sostenible con respeto a tales valores promovería su mantenimiento constante.

Para el caso del PCI el aprovechamiento y cercanía con las actividades propias de los pueblos y comunidades indígenas respetando sus usos y costumbres, conllevaría a un reconocimiento e incorporación de su cosmovisión y conocimiento tradicional en el desarrollo de productos turísticos, aunque se reitera que estos no deben alterar sus modos de vida. Fortaleciendo así los atributos y consolidando condiciones socioculturales mejores para que se sigan transmitiendo los testimonios únicos y excepcionales de tradición cultural en las localidades del Estado.

Con este comentario cerramos el apartado del panorama normativo vigente en el Estado de Guanajuato, en el que se ha ganado terreno al incluirse al PCI como concepto y terminología, además de destinar acciones directas para su protección. Ante todo, siguen existiendo áreas que merecen especial atención para conseguir una visión integral y mejores formas de tratamiento sobre el patrimonio intangible.

6. Áreas de reforma como ruta de mejoramiento

A nuestro criterio aún existen muchos recovecos sobre el PCI que deben ser atendidos, no solo desde la normativa, sino desde cuestiones sociales, económicas, educativas o inclusive geográficas, sin embargo, el estudio de estas deficiencias merece un estudio propio y pormenorizado. Así pues, en este apartado nos limitaremos a tres sectores que consideramos poseen mayor urgencia aunada a cierta viabilidad para ser contemplados de forma expedita, al menos desde la legislación. Siendo: los sistemas de registro del PCI, las metodologías de conservación y las estrategias para incentivar la puesta en valor.

Sobre la implementación de sistemas de registro del PCI, presentamos dos áreas que pueden ser atendidas de manera pronta, la primera es la actualización en los modelos de investigación para el PCI partiendo desde una postura de la multi e interdisciplinariedad, alcanzando con ello registros de resguardo novedoso. Para muestra tenemos el estudio desarrollado en Málaga¹⁸ basada en el análisis de inventarios digitales, de igual forma encontramos interesantes los sistemas de digitalización tendientes al resguardo del PCI¹⁹.

Siguiendo un poco con esta línea, una digitalización del PCI requiere la ayuda de los portadores de la tradición, así además de aplicar nuevas tecnologías

18 NEBOT GÓMEZ DE SALAZAR, Nuria [et al.] – El Patrimonio Cultural Inmaterial a Través de los Inventarios Digitales. Caso de Estudio en Málaga, España. *Construction Pathology, Rehabilitation Technology and Heritage Management*. ISSN: 2386-8198. V 1, N 1 (2022), pp. 2499-2507.

19 RODIL, Kasper – A Perspective on Systems Design in the Digitisation of Intangible Cultural Heritage. *International Journal of Intangible Heritage*. ISSN: 1975-3586. V 12 (2017), pp. 190-198.

de acceso al patrimonio intangible un punto importante es buscar cercanías interactivas desde la comunidad. Dado que el PCI no se limita en áreas específicas de la sociedad, las metodologías también deben adaptarse según los entornos y contextos, de entrada, podemos dar como referencia el estudio sobre los indicadores de accesibilidad del patrimonio cultural en áreas rurales de Huelva²⁰, mientras que para áreas urbanas se han aplicado metodologías participativas en los barrios²¹, como fines de rescate y reactivación.

Finalmente, sobre la puesta en valor en conjunto con la participación comunitaria ya mencionada, se deben llevar a cabo otras acciones y una de las más relevantes es el sector educativo. Así encontramos metodologías didácticas como la propuesta de educar a partir del PCI de SANTACANA Y LLONCH²², herramientas más novedosas como el trabajo con las nuevas tecnologías para enseñar el PCI en las aulas de acuerdo con PONSODA-LÓPEZ DE ATALAYA *et al.*²³, o bien modificaciones para el aprendizaje electrónico del patrimonio intangible en sistemas de educación a distancia compaginado con estudios de campo siendo una metodología de LOBOVIKOV-KATZ *et al.*²⁴

Tendremos que cerrar con una advertencia, ya que las consideraciones que vertimos no son limitativas, lo que conlleva a que su inclusión sopesa en una postura subjetiva de valorización y que no puede tomarse como unívoca, debido a que somos conscientes de que trabajamos con una modalidad social que tiende a ser constantemente evolutiva en la que las áreas de emergencia convergen deliberadamente con las realidades de los entornos y contextos sociales, mientras que la causal del derecho no alcanza a dar respuesta con la misma rapidez en la que se posicionan las problemáticas.

7. Conclusiones

El análisis normativo que hemos desplegado en la legislación del Estado de Guanajuato nos revela un marco jurídico que, si bien reconoce la importancia de preservar y promover las manifestaciones culturales inmateriales, aún enfrenta retos significativos en cuanto a su implementación y aplicación efectiva para alcanzar condiciones óptimas. Es evidente trabajar con una conceptualización

20 DEL ESPINO HIDALGO, Blanca [et al.] – Indicadores de accesibilidad para la evaluación del patrimonio cultural como recurso de desarrollo en áreas rurales de Huelva. *ACE Architecture, City and Environment*. E-ISSN 1886-4805. V 17, N 50 (2022), pp. 1-30.

21 NEBOT GÓMEZ DE SALAZAR, Nuria [et al.] – Metodologías participativas y patrimonio cultural inmaterial en los barrios. *Universitas*. ISSN: 1390-8634. N 33 (2020), pp. 83-102.

22 SANTACANA, Joan; LLONCH, Nayra – *El Patrimonio Cultural Inmaterial y su Didáctica*. Ed. Trea, 2015. ISBN: 978-84-9704-899-6.

23 PONSODA-LÓPEZ DE ATALAYA, Santiago [et al.] – Las TIC como recurso para trabajar el Patrimonio Cultural Inmaterial en el aula. *Research in Education and Learning Innovation Archive*. eISSN: 2659-9031. N 30 (2023), pp. 99-115.

24 LOBOVIKOV-KATZ, Anna [et al.] – Tangible versus intangible in e-learning on cultural heritage: from online learning to on-site study of historic sites. In LOANNIDES, Marinos – *Digital heritage: progress in cultural heritage: documentation, preservation and protection*. Ed. Berlin Springer, 2014. ISBN 978-3-319-13694-3. pp. 819-828.

incluyente del PCI para comprender de una mejor manera todo su contenido teórico y aplicar así herramientas y metodologías de tratamiento mejores.

Desde la protección a tres niveles es prudente establecer una relación constructiva de mejora, aplicando una atracción legislativa desde esferas internacionales y nacionales respecto a las buenas prácticas de reforma. Dichas reformas justificándose en la atención, al menos de momento, de la actualización en las metodologías de registro del PCI con las cuales se identifiquen debilidades en los sistemas actuales permitiendo que las actualizaciones sean efectivamente provechosas e idóneas; también el fomento en la utilización de nuevas tecnologías como medio de conservación, siempre con fines éticos, permitiendo mayores vías de resguardo y a la vez evitando aprovechamientos o utilidades abusivas, indebidas o ilícitas; y uno de los puntos más relevantes es la creación de lazos y vínculos cercanos con la comunidad reconociendo que en la identificación colectiva se sostiene el mantenimiento del PCI, siendo que el fortalecimiento de la puesta en valor debe ser sostenido con ejes como la interpretación y recuperación desde la participación comunitaria de los portadores de la tradición.

8. Referencias bibliográficas

AMESCUA, C.; TOPETE, H. – *Experiencias de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Nuevas miradas*. Ed. Bonilla Artigas, CRIM – UNAM, 2015.

DEL ESPINO HIDALGO, Blanca [et al.] – Indicadores de accesibilidad para la evaluación del patrimonio cultural como recurso de desarrollo en áreas rurales de Huelva. *ACE Architecture, City and Environment*. E-ISSN 1886-4805. V 17, N 50 (2022), pp. 1-30.

LOBOVIKOV-KATZ, Anna [et al.] – Tangible versus intangible in e-learning on cultural heritage: from online learning to on-site study of historic sites. In LOANNIDES, Marinos – *Digital heritage: progress in cultural heritage: documentation, preservation and protection*. Ed. Berlin Springer, 2014. ISBN 978-3-319-13694-3, pp. 819-828.

NEBOT GÓMEZ DE SALAZAR, Nuria [et al.] – El Patrimonio Cultural Inmaterial a Través de los Inventarios Digitales. Caso de Estudio en Málaga, España. *Construction Pathology, Rehabilitation Technology and Heritage Management*. ISSN: 2386-8198. V 1, N 1 (2022), pp. 2499-2507.

NEBOT GÓMEZ DE SALAZAR, Nuria [et al.] – Metodologías participativas y patrimonio cultural inmaterial en los barrios. *Universitas*. ISSN: 1390-8634. N 33 (2020), pp. 83-102.

PONSODA-LÓPEZ DE ATALAYA, Santiago [et al.] – Las TIC como recurso para trabajar el Patrimonio Cultural Inmaterial en el aula. *Research in Education and Learning Innovation Archive*. eISSN: 2659-9031. N 30 (2023), pp. 99-115.

RODIL, Kasper – A Perspective on Systems Design in the Digitisation of Intangible Cultural Heritage. *International Journal of Intangible Heritage*. ISSN: 1975-3586. V 12 (2017), pp. 190-198.

SANTACANA, Joan; LLONCH, Nayra – *El Patrimonio Cultural Inmaterial y su Didáctica*. Ed. Trea, 2015. ISBN: 978-84-9704-899-6.

Referencias legislativas

Carta de Shanghái sobre Museos, Patrimonio Inmaterial y Globalización - *Consejo Internacional de Museos* (20-25.10.2002). Texto completo: https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/Shanghai_Charter_Eng.pdf.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial – *Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura* (17.10.2003).

Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas – *World Intellectual Property Organization* (15.12.1980): https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_2/wipo_grtkf_ic_2_7-annex1.pdf.

Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 80 (22.07.2020).

Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 98 (08.12.1992).

Ley de Fomento y Difusión de la Cultura para el Estado de Guanajuato y sus Municipios de 2015 – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 64 (21.04.2015).

Ley de Turismo para el Estado de Guanajuato y sus Municipios – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 260 (30.12.2022).

Ley del Patrimonio Cultural para el Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 142 (19.07.2021).

Ley para el Fomento de la Industria Cinematográfica y Audiovisual del Estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 102 (27.06.2014).

Ley para la protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el estado de Guanajuato – *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. Número 203 (10.10.2018).

OS IMPACTOS DO DIVÓRCIO *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Patricia Ferreira Rocha*

Sumário: Introdução. **1.** A dissolução do casamento no ordenamento jurídico brasileiro. **2.** A possibilidade de decretação do divórcio *post mortem*. **3.** A sucessão do cônjuge sobrevivente diante do divórcio *post mortem*. Conclusão. Referências.

Resumo: O casamento é uma relação jurídica que estabelece uma comunhão de vidas entre duas pessoas, com base na igualdade de direitos e deveres, e cujos efeitos, dentre outros, está a alteração do estado civil dos cônjuges para “casados” e a possibilidade da atribuição do direito de herança. Historicamente, o casamento foi considerado uma instituição sagrada e indissolúvel, sendo o divórcio introduzido no Brasil somente em 1977, com a Emenda Constitucional n.º 9, embora inicialmente cercado de critérios rigorosos e restritivos. Com a Constituição de 1988 e subsequentes legislações, o processo de divórcio foi simplificado, culminando com a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que eliminou a necessidade de prévia separação judicial, prazo de reflexão e a discussão sobre culpa no fim da relação conjugal. Acontece que, proposta a ação de divórcio, mas antes da chancela estatal, pode advir a morte de um dos cônjuges, o que culminou na discussão acerca da perda do objeto da referida ação, com consequente reconhecimento do estado civil de viuvez, ou da continuidade da demanda através da sucessão processual e preservação da vontade já manifestada do morto, atribuindo o *status* de divorciado ao cônjuge sobrevivente, o que poderia alterar, consequentemente, as relações patrimoniais sucessórias. É neste contexto que este artigo busca compreender e delimitar o instituto do divórcio *post mortem*, assim como analisar as repercussões da sua decretação no direito sucessório brasileiro. Para tanto, foi utilizada uma metodologia básica, qualitativa e bibliográfica.

Palavras-chave: Divórcio – Decretação póstuma – Direito de herança.

* Doutoranda em ciências jurídicas privatísticas na Universidade do Minho, Portugal. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, Brasil. Pesquisadora do CONREP/UFPE e Professora de Direito de Família e Sucessões. E-mail: patriciarochamcz@hotmail.com

Abstract: Marriage is a legal relationship that establishes a communion of lives between two people, based on equal rights and duties, and whose effects, among others, are the change of the marital status of the spouses to “married” and the possibility of assigning the right of inheritance. Historically, marriage was considered a sacred and indissoluble institution, and divorce was introduced in Brazil only in 1977, with Constitutional Amendment No. 9, although initially surrounded by strict and restrictive criteria. With the 1988 Constitution and subsequent legislation, the divorce process was simplified, culminating in Constitutional Amendment No. 66/2010, which eliminated the need for prior legal separation, a period of reflection and the discussion of guilt at the end of the marital relationship. It turns out that, once the divorce action is filed, and before the state seal, the death of one of the spouses may arise, which culminated in the discussion about the loss of the object of said action, with consequent recognition of the civil status of widowhood, or the continuity of the demand through procedural succession and preservation of the will already manifested of the deceased, attributing the status of divorced to the surviving spouse, which could consequently alter the succession property relations. It is in this context that this article seeks to understand and delimit the institute of post-mortem divorce, as well as to analyze the repercussions of its enactment on Brazilian succession law. To this end, a basic, qualitative and bibliographic methodology was used.

Keywords: Divorce – Posthumous decree – Right of inheritance.

Introdução

O casamento é um instituto jurídico que estabelece a comunhão de vidas entre duas pessoas com o objetivo de constituir família, estabelecendo uma série de efeitos legais, tanto de natureza pessoal quanto patrimonial, com destaque, para os fins deste artigo, da alteração do estado civil e do direito de herança.

De acordo com o art. 1.571 do Código Civil de 2002, a dissolução do casamento pode ocorrer em função da morte de um dos cônjuges, a qual extingue automaticamente o vínculo matrimonial, abrindo o processo sucessório; pelo divórcio, que representa o exercício da autonomia privada e um direito potestativo; e, por fim, pela sentença transitada em julgado de nulidade ou anulação, quando se verifica a existência de um vício ou defeito que impede a validade do ato jurídico, cujos efeitos estão subordinados à verificação da boa-fé de um ou ambos os cônjuges.

Apesar de não possuir previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, os Tribunais vêm reconhecendo o instituto do divórcio *post mortem*, pelo qual, quando houver evidências claras de que o casal estava em processo de separação ou divórcio antes do falecimento de um dos cônjuges, será possível decretar a dissolução do casamento por vontade das partes e não em razão da morte, acarretando a alteração do estado civil da pessoa casada para divorciada ao invés de viúva.

A distinção da causa do término da relação jurídica matrimonial é de extrema relevância, na medida em que pode implicar na atribuição ou não de direitos hereditários ao cônjuge sobrevivente na sucessão legítima. Neste sentido, o art. 1.830 do Código Civil de 2002 determina que a legitimidade sucessória do cônjuge somente será reconhecida se, ao tempo da morte do outro, o sobrevivente não estava separado judicialmente – o que inclui o divórcio –, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem sua culpa.

É neste contexto que este artigo busca compreender e delimitar o instituto do divórcio *post mortem*, assim como analisar as repercussões da sua decretação no direito sucessório brasileiro. Com o escopo de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a pesquisa será, quanto à natureza, básica, e quanto à abordagem do problema, será qualitativa, já que preocupada com aspectos da realidade que não podem ser quantificados. Ademais, sobre o procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica, utilizando livros e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, além dos dispositivos legais em vigor sobre a matéria.

1. A dissolução do casamento no ordenamento jurídico brasileiro

O casamento é uma relação jurídica entre duas pessoas, dependente de ato formal de manifestação de vontade, pelo qual estas decidem constituir plena

comunhão de vidas, fundada na igualdade de direitos e deveres. Dentre os vários efeitos advindos do casamento, os cônjuges passam a assumir mutuamente a condição de consortes, alterando o seu estado civil para casados e, no âmbito patrimonial, implica na subordinação a um dos regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 ou por livre escolha (pacto antenupcial), o que poderá refletir na administração dos bens comuns e nos particulares de cada cônjuge, assim como a possibilidade da atribuição do direito de herança.

De acordo com o art. 1.571 do Código Civil de 2002, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pelo trânsito em julgado da ação de nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio. A formalização do término da vida em comum do casal pela separação, contudo, não colocava fim ao vínculo jurídico constituído pelo casamento, tema que perdeu a relevância após o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.167.478, tema de repercussão geral 1053, que definiu que, após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, a separação judicial não é requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro¹.

No que diz respeito ao divórcio, nem sempre o ordenamento jurídico brasileiro admitiu a dissolução do casamento por mera vontade das partes. Por muitos séculos, o casamento esteve sob a égide da jurisdição eclesiástica, detentora de grande parte do poder político, razão pela qual era tido como uma instituição sagrada e indissolúvel, ou seja, um vínculo eterno “até que a morte os separe”. Somente no ano de 1861, com o advento do Decreto 1.144, houve uma transferência da regulamentação do casamento da Igreja para o Estado, permitindo-se o casamento religioso de diferentes seitas e a separação pessoal, o que promovia apenas a dissolução da sociedade conjugal, autorizando a separação de corpos e a cessação do regime de bens.

Foi apenas com o advento da primeira Constituição da República, em 1891, que fora eliminada por completo a competência da Igreja para regulamentar o instituto do casamento, na medida em que este diploma legal somente reconhecia efeitos jurídicos ao casamento civil, que permanecia, no entanto, indissolúvel. Neste sentido, o Código Civil de 1916 estabelecia o término da sociedade conjugal por meio do desquite, que poderia ser amigável ou litigioso, o que colocava fim na sociedade conjugal e no regime de bens, permanecendo inalterado, no entanto, o vínculo matrimonial. Essa indissolubilidade do casamento por iniciativa das partes permaneceu ativa no ordenamento jurídico brasileiro após as Constituições da República de 1934, 1946 e 1967.

Somente com a Emenda Constitucional n.º 9 de 1977 o divórcio foi instituído no Brasil, sendo regulamentado através da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, subordinado a um sistema dual, assim como à observância de largos critérios temporais e de averiguação de culpados pelo fim do relacionamento. É curioso destacar que, segundo o art. 38 da Lei n.º 6.515/1977, o pedido de divórcio somente poderia ser formulado uma única vez, fazendo com que uma

1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Recurso Extraordinário n.º 1.167.478/RJ. Disponível em: RE-1167478Separaojudicialdivrcio.pdf (stf.jus.br). Acesso em: 30/08/2024.

pessoa que nunca tivesse sido casada, caso viesse a constituir família com uma pessoa divorciada, não tivesse possibilidade de se divorciar posteriormente, situação que fora alterada pela Lei n.º 7.841 de 17 de outubro de 1989, que passou a permitir a possibilidade de divórcios sucessivos e ilimitados.

Com o advento da Constituição de 1988 ainda restou preservado o sistema dual de dissolução do casamento (separação judicial e divórcio), sendo reduzido o prazo para a concessão do divórcio direto ou conversão. Com vistas a dar maior celeridade a este procedimento, no ano de 2007, a Lei n.º 11.441 implantou a desjudicialização do divórcio, permitindo que o pedido pudesse ser formulado por via administrativa, perante o cartório de notas, bastando que o casal não possuísse filhos menores ou incapazes, houvesse acordo quanto aos termos do fim do relacionamento e fossem assistidos por um advogado ou defensor público.

Foi em 2010, por fim, que o divórcio sofreu sua última e profunda alteração legislativa, através da Emenda Constitucional n.º 66, a qual atribuiu nova redação ao § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, podendo então o casamento civil ser dissolvido pelo divórcio, eliminando o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, assim como extinguindo a discussão sobre a culpa pelo fim do casamento. Em outras palavras, a dissolução do casamento pelo divórcio passou a ser reconhecida sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados, eliminando os entraves jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos a unir o ex-casal, concretizando o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares insculpido no art. 1.513 do Código Civil de 2002.

Alerta LEANDRO REINALDO DA CUNHA que a consolidação dos efeitos da vontade de pôr termo ao casamento se faz por meio da atuação necessária de órgãos públicos “dotados da prerrogativa de verificar a manifestação de vontade exarada pelo indivíduo de findar formalmente aquela relação jurídica de fundo familiar estabelecida, o fazendo perante o Poder Judiciário ou o Cartório”, e que “haverá um lapso temporal entre a manifestação da vontade e o reconhecimento estatal da sua existência, o qual pode se revelar mais ou menos dilatado”². É neste contexto, que, no trâmite da ação de divórcio ou após a formulação de pedido administrativo em cartório, pode ocorrer o falecimento de um dos cônjuges, o que abriu espaço para grandes divergências sobre os efeitos desta morte sobre o estado civil das partes, o que será analisado no capítulo a seguir.

2. A possibilidade de decretação do divórcio *post mortem*

Os Tribunais brasileiros, embora já reconheçam há bastante tempo que é a separação de fato que põe fim ao casamento, exigindo-se somente a chancela estatal para a sua formal dissolução, somente recentemente passaram a admitir a

2 CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos – Divórcio post mortem. *Revista dos Tribunais*. N 1004 (junho/2019). Disponível em: (99+) Divórcio post mortem _Post mortem divorce | Leandro Reinaldo da Cunha and Vivian Assis – Academia.edu. Acesso em: 30/08/2024.

figura do divórcio *post mortem*, na medida em que se afirmava que o falecimento de um dos cônjuges, antes de transitar em julgado a ação de divórcio, provocava a extinção do processo sem julgamento do mérito, em uma franca homenagem ao princípio do *mors omnia solvit* (“a morte soluciona tudo”)³.

A justificativa para tal entendimento estava baseada no caráter personalíssimo da ação de divórcio (art. 1.582 do Código Civil de 2002), na medida em que essa ação envolve direitos e deveres estritamente ligados à pessoa dos cônjuges, razão pela qual a morte de um deles impediria sua transmissibilidade (art. 485, IX do Código de Processo Civil de 2015), provocando a carência da ação e produzindo a solução imediata do casamento com o reconhecimento do estado civil de viúvo(a) ao cônjuge sobrevivente (art. 1.571, I do Código Civil de 2002).

Acontece que, em determinadas circunstâncias, o interesse em obter a decretação do divórcio ultrapassa a esfera meramente individual dos cônjuges e passa a ter relevância para terceiros, a exemplo dos sucessores do cônjuge falecido. Assim, se o cônjuge falecido manifestou claramente a sua vontade de se divorciar e essa vontade foi expressa formalmente em vida, impedir que essa intenção seja juridicamente reconhecida apenas em razão do falecimento seria uma negação da autonomia da vontade.

Sobre o assunto, em março de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp 1078591/GO, decidiu, reforçando entendimento já consolidado, que “os herdeiros possuem legitimidade para figurarem no polo passivo de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato *post mortem*, porquanto o deslinde da causa poderá afetar a sua esfera jurídico-patrimonial, qual seja o quinhão de cada um”⁴. E, no julgamento do Recurso Especial n.º 2.022.649/MA, em maio de 2024, ao reconhecer a legitimidade dos herdeiros para prosseguirem com a ação de divórcio *post mortem* como forma de respeitar e concretizar essa vontade, o mesmo Tribunal consignou que:

“É possível o reconhecimento e validação da vontade do titular do direito mesmo após sua morte, conferindo especial atenção ao desejo de ver dissolvido o casamento, uma vez que houve manifestação de vontade indubitável no sentido do divórcio proclamada em vida e no bojo da ação de divórcio. *Não se está a reconhecer a transmissibilidade do direito potestativo ao divórcio; o direito já foi exercido e cuida-se de preservar os efeitos que lhe foram atribuídos pela lei e pela declaração de vontade do cônjuge falecido.* Legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscarem a decretação do divórcio *post mortem*.” (grifo nosso)⁵.

3 ALVES, Jones Figueirêdo – Divórcio “post-mortem”, um direito potestativo. *IBDFAM*. Agosto 2021. Disponível em: IBDFAM: Divórcio “post-mortem”, um direito potestativo. Acesso em: 30/08/2024.

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Agravo interno no agravo em recurso especial n.º 1078591/GO. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 31/08/2024.

5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial n.º 2.022.649/MA. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 2022649 MA 2022/0268446-0 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

Outro argumento utilizado para declarar a perda do objeto da ação de divórcio em face do falecimento de um dos cônjuges durante o seu curso se dava pelo fato de a sentença de divórcio possuir caráter constitutivo, cujos efeitos são *ex nunc*, o que faria com que não incidisse sobre fatos anteriores ao seu trânsito em julgado, a exemplo do óbito “premature” de um dos cônjuges. Adverte RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, não obstante, que:

“(...) em alguns casos, especialmente naqueles em que as partes no curso do processo já tiverem manifestado o interesse e intenção do divórcio, que só não se concretizou em razão do trâmite do processo, é possível flexibilizar a regra das sentenças constitutivas, para decretar o divórcio mesmo após a morte de uma das partes.”⁶

O precedente que fundamenta tal entendimento está previsto no art. 42, § 6.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz a possibilidade de se deferir a adoção “ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”, cuja decisão terá força retroativa à data do óbito (art. 47, § 7.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)⁷. Nesse sentido, complementa RODRIGO DA CUNHA PEREIRA:

“(...) se na adoção *post mortem*, cujo desejo não se concretiza em vida, ele poderá ser feito após a morte. O mesmo raciocínio se aplica ao divórcio. Deixar de decretar o divórcio, quando uma, ou mesmo ambas as partes falecem no curso do processo, seja consensual ou litigioso é fazer da lei (regra jurídica) um fetiche, é inverter a relação sujeito/objeto, é apegar-se excessivamente à formalidade jurídica em detrimento de sua essência. Afinal, se o casamento já havia acabado, os seus efeitos jurídicos devem se dar a partir da separação de fato do casal, associado a intenção de não mais voltarem ao casamento. Após a EC n.º 66/2010, o único requisito para o divórcio é a vontade das partes, ou de apenas uma das partes. Atribuir o estado civil de viuvez a quem já tinha se manifestado, e até tentar concretizar o divórcio pela via judicial é perverter o espírito maior da lei, que deve ser sempre interpretada em consonância com outras fontes do direito.”⁸

Na esteira desse mesmo entendimento, ensinam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS que:

“Uma vez ajuizada a ação de divórcio (consensual ou litigiosa, insisto) ou formulado um pedido em cartório, sobrevindo o falecimento de um dos cônjuges, a demora de julgamento pelo estado juiz ou de lavratura da escritura (em razão, muita vez, do cumprimento de formalidades) não pode prejudicar

6 PEREIRA, Rodrigo da Cunha – *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 255.

7 BRASIL – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente). Disponível em: L8069 (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

8 PEREIRA, Rodrigo da Cunha – *Direito das famílias. ob. cit.*, p. 255.

o exercício do direito potestativo ao divórcio. Os particulares não podem ter violado o seu direito ao divórcio pela demora de decisão ou por formalidades. É dizer: requerido o divórcio (em juízo ou em cartório), a superveniência do falecimento de um dos cônjuges não retira o interesse na sua decretação. Nesse caso, o matrimônio será dissolvido pelo divórcio (com eficácia retroativa à data do requerimento), e não pela morte.”⁹

Isso significa que a doutrina contemporânea busca garantir a efetividade dos direitos das partes envolvidas, mesmo após a morte de um dos cônjuges, especialmente em contextos em que o divórcio já era uma realidade de fato. A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, exige que o ordenamento jurídico respeite a vontade e a autonomia dos cônjuges, e o divórcio *post mortem* permite que essa realidade seja juridicamente reconhecida, impedindo que o cônjuge sobrevivente seja forçado a manter um estado civil que não refletia a sua verdadeira situação.

Acrescente-se que a norma do art. 200 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem *imediatamente* a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais” (*grifo nosso*)¹⁰. Por este motivo, defende JONES FIGUEIREDO que, diante do falecimento de um dos cônjuges no curso da ação de divórcio, “razão não haveria para a perda de objeto, em desprezando o valor jurídico da pretensão já deduzida em juízo, conjunta ou individualmente”.

O citado autor, inclusive, vai além para reconhecer a possibilidade de divórcio *post mortem* mesmo quando não proposta a ação de divórcio, na medida em que a “inexistência da lide não desnatura o fato jurídico fundamental e determinante, o da separação de fato com os seus efeitos jurídicos inafastáveis, de modo a permitir, diante da incontroversa realidade fática e jurídica, a possibilidade do pedido do divórcio após a morte”¹¹. Tal posicionamento, contudo, não tem receptividade na doutrina e jurisprudência brasileira, na medida em que o falecimento do cônjuge, antes da propositura da ação de divórcio, importaria na efetiva dissolução do casamento, na forma do art. 1.571, I, do Código Civil de 2002.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 2.007.285, decidiu que “o *espólio não possui legitimidade para ajuizar ação de divórcio em nome do falecido*, já que o pedido deve ser apresentado pelo cônjuge que deseja a dissolução do casamento, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial” (*grifo nosso*)¹². Em reforço a este posicionamento, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS ensinava que:

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. – 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 453.

10 BRASIL – Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: L13105 (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

11 ALVES, Jones Figueirêdo – Divórcio “post-mortem”, um direito potestativo. *ob. cit.*

12 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso especial n.º 2.007.285/MG. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça STJ - PETICAO DE RECURSO ESPECIAL: REsp 2007285 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

“É preciso interpretar a norma com razoabilidade (proporcionalidade). Ao dispor que o casamento se dissolve (extinção) pela morte ou divórcio, a norma não estabeleceu gradação, preferência, mas, em verdade, uma alternativa. Confere, assim, às pessoas casadas a possibilidade de dissolver seu casamento em vida, por meio do divórcio. Não o fazendo, o falecimento de um deles produzirá a dissolução.”¹³

O divórcio *post mortem*, portanto, seria cabível sempre que demonstrada a vontade incontestada do cônjuge em encerrar o casamento, não tendo tal intento se efetivado “porque o procedimento adotado não se reveste da celeridade compatível com os interesses dos jurisdicionados”¹⁴. No âmbito das decisões judiciais observamos, contudo, a exigência de outros requisitos.

Para a 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível n.º 1000017071266-5/001, no ano de 2018, o reconhecimento do divórcio *post mortem* estaria subordinado à demonstração de que os cônjuges estivessem comprovadamente de acordo com o encerramento da sociedade conjugal, bem como prova incontroversa de inexistência de vida conjugal¹⁵. Já a 4.^a Câmara Cível desse mesmo Tribunal, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0000200777423004, em 2021, decidiu que a superveniência da morte de um dos cônjuges “não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado, o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal”, desde que haja pedido liminar da sua decretação¹⁶.

Acontece que o direito ao divórcio depende única e exclusivamente da vontade de um dos cônjuges para se concretizar, ou seja, independe da concordância ou oposição do outro, revelando-se como um direito potestativo. Para FERNANDO NORONHA, potestativos são “os direitos que permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse”¹⁷, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.

Segundo o Min. Antônio Carlos Ferreira, no julgamento do Recurso Especial n.º 2.022.649/MA, o direito potestativo ao divórcio tem origem no casamento e este mesmo pressuposto legitima o titular deste direito a exercê-lo, “sendo na declaração de vontade do titular do direito potestativo que repousa a matriz da

13 FARIAS, Cristiano Chaves de – Divórcio ‘post mortem’: A morte que não separa. *MSJ*. Julho 2018. Disponível em: Divórcio ‘post mortem’: A morte que não separa – Meu site jurídico (editorajuspodivm.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

14 CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos – Divórcio post mortem. *ob. cit.*

15 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Apelação Cível n.º 10000170712665001, 7.^a Câmara cível, rel. des. Oliveira Firmo, j. 29/05/2018. Disponível em: Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC 10000170712665001 MG | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 30/08/2024.

16 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Agravo de Instrumento n.º 1000200777423004. Disponível em: IBDFAM : Instituto Brasileiro de Direito de Família. Acesso em: 30/08/2024.

17 NORONHA, Fernando – *Direito das Obrigações*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 76-77.

eficácia dissolutória do vínculo matrimonial”¹⁸. Por esta razão, não assiste motivo para que se exija o consenso entre os cônjuges quanto à decisão de se divorciar, tampouco a formulação de pedido liminar na ação de divórcio.

Nesse sentido, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n.º 1032 535-74.2020.8.26.0224, no ano de 2021, entendeu que a morte de um dos cônjuges no decorrer da demanda não acarreta a perda de seu objeto, “vez que já manifesta a vontade de um dos cônjuges de se divorciar”, na medida em que o divórcio “verte, após a emenda constitucional n. 66/2010, em direito potestativo e incondicional de cada qual dos cônjuges”¹⁹.

O anteprojeto de reforma do Código Civil, em discussão no Senado Federal, prevê expressamente no parágrafo 4.º, inciso V, do artigo 1571, que o falecimento de um dos cônjuges ou de um dos conviventes, depois da propositura da ação de divórcio, não enseja a extinção do processo, podendo os herdeiros prosseguir com a demanda, retroagindo os efeitos da sentença à data estabelecida na sentença como aquela do final do convívio²⁰.

Assim, “quando um não quer, dois não ficam casados”²¹, mesmo diante do óbito de um dos cônjuges antes do término definitivo da ação de divórcio ou da lavratura da escritura pública de dissolução do casamento. Não se ignora, portanto, “a declaração da vontade de não falecer na condição de casado”²², fazendo com que o estado civil do cônjuge sobrevivente seja de divorciado(a) ao invés de viúvo(a), o que trará repercussões significativas na atribuição dos direitos de herança na sucessão legítima.

3. A sucessão do cônjuge sobrevivente diante do divórcio *post mortem*

O estado civil após a dissolução do casamento vai além de um simples procedimento de averbação registral, da condição de divorciado(a) ou viúvo(a), sendo fator determinante que pode alterar as relações patrimoniais sucessórias, na medida em que o art. 1.830 do Código Civil de 2002 somente reconhece legitimidade ao cônjuge sobrevivente que, ao tempo da morte do outro, não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do

18 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial n.º 2.022.649/MA. *cit.*

19 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – Apelação Cível n.º 10325357420208260224. Disponível em: IBDFAM : Instituto Brasileiro de Direito de Família. Acesso em: 30/08/2024.

20 BRASIL – Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. *Relatório final dos trabalhos da Comissão*. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494> . Acesso em: 31/08/2024.

21 DIAS, Maria Berenice – *Manual de direito das famílias*. 15.ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2022, p. 595.

22 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – *Curso de direito civil: famílias*. *ob.cit.*, p. 452.

sobrevivente²³. Isso significa dizer que, além dos critérios de chamamento estabelecidos na ordem de vocação hereditária, é preciso verificar as condições do estado de casado para se atribuir o direito de herança ao cônjuge sobrevivente.

Importante destacar que o direito à sucessão do cônjuge sobrevivente não se confunde com o seu direito à meação. Não sendo o regime patrimonial do casamento o de separação de bens, cada um dos consortes receberá a metade dos bens comuns da sociedade, em razão do desfazimento do vínculo matrimonial, que pode se dar em decorrência da morte de um deles ou pelo divórcio. Além disso, o cônjuge sobrevivente poderá herdar o patrimônio do cônjuge falecido, de acordo os parâmetros estabelecidos no artigo acima transcrito, em caso de morte, mas não de divórcio.

Segundo o art. 1.830 do Código Civil, se, ao tempo do falecimento, o *de cujus* encontrava-se separado judicialmente, o cônjuge sobrevivente não terá direito à sucessão. Mesmo após a promulgação da EC 66/2010 e a extirpação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro reconhecida por meio do Recurso Extraordinário n.º 1.167.478, tema de repercussão geral 1053, embora não seja mais possível pleiteá-la, afirma ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR que a separação judicial (e a extrajudicial) continua a ser causa de extinção de direito sucessório em razão da manutenção do estado civil de separados para aqueles que se separaram no regime anterior, bem como pelo fato de não haver divórcio automático decorrente da incidência da referida Emenda²⁴.

E mais, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente só será reconhecido se ele não estava separado de fato há mais de dois anos no momento da abertura da sucessão, a menos que prove não ter sido o responsável por essa separação. Segundo o texto do dispositivo, a simples separação de fato não é suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, sendo necessária a análise de critérios objetivos (como o período de separação) ou subjetivos (culpa) no rompimento informal da convivência. Essa parte final do dispositivo é fortemente criticada pela doutrina, tanto pela exigência de um prazo mínimo para a separação de fato quanto pela investigação da culpa pelo fim do relacionamento. Sobre o tema, destacamos texto de nossa autoria, escrito conjuntamente com RODOLFO PAMPLONA FILHO, no qual, independente do tempo ou do motivo da vida em comum, defendemos que:

“O novo conceito de família atribui como fundamento básico do casamento a união afetiva e comunhão de interesses morais e patrimoniais entre as pessoas casadas, o que, por consequência, também deveria emprestar suporte fático e jurídico à legitimação sucessória entre os cônjuges, ou seja, somente deveria ser reconhecido direito sucessório na persistência de um projeto conjugal ao tempo da morte de um dos consortes.

23 BRASIL – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

24 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de – O divórcio no direito brasileiro após a emenda 66/10 e suas consequências no campo sucessório. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 1, N 12 (2012). Disponível em: 2012_12_7117_7144.pdf (cidp.pt). Acesso em: 01/09/2024.

Acontece que, entre casais separados de fato não há que se falar em comunhão de vidas e espíritos, na medida em não existe mais afeto e solidariedade mútuos, o que não deveria conferir-lhes legitimidade para reclamarem a condição de herdeiros reciprocamente.”²⁵

Embora o dispositivo não mencione essa questão, em casos de casamento dissolvido pelo trânsito em julgado da sentença de nulidade ou anulação do casamento, onde a invalidade retroage à data da celebração, ao cônjuge sobrevivente não será reconhecido direito sucessório, pois o casamento já não existia quando da morte do autor da herança. A doutrina ressalta, entretanto, que podem subsistir efeitos de um casamento nulo, desde que putativo, em favor do cônjuge de boa-fé. Segundo FLÁVIO TARTUCE:

“Sendo inválido o casamento e reconhecida a putatividade, o cônjuge sobrevivente de boa-fé tem direito sucessório, se a sentença de anulação for posterior à morte do outro cônjuge. Trata-se de uma decorrência natural do *caput* do artigo 1.561 do CC/2002, segundo o qual o casamento produz efeitos até a data do trânsito em julgado da sentença anulatória. No entanto, se o falecimento ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão definitiva ou presente a má-fé do cônjuge sobrevivente, não há que reconhecer o seu direito hereditário.”²⁶

Por fim, em relação ao divórcio, também não mencionado no art. 1.830 do Código Civil, deve ser aplicado o mesmo entendimento dado à separação judicial: o cônjuge que já ostentava o *status* de divorciado(a) no momento da abertura da sucessão não tem direito à herança. FLÁVIO TARTUCE esclarece que a ausência de referência ao divórcio ocorre “por razões óbvias, uma vez que, dissolvidos o casamento e o vínculo matrimonial, não há como falar em direito sucessório do ex-cônjuge, que não mantém mais qualquer laço familiar com o falecido”²⁷.

Assim, seja o divórcio decretado antes do falecimento do autor da sucessão ou tenha o óbito ocorrido no curso da ação de divórcio, desde que comprovado o desejo inequívoco do cônjuge de finalizar o casamento, com o consequente reconhecimento do divórcio *post mortem*, o cônjuge não gozará de legitimidade sucessória para receber herança através da sucessão legítima. Ensinam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, portanto, que “admitir o divórcio *post mortem* (decretado mesmo após o falecimento de quem já declarou a vontade

25 ROCHA, Patrícia Ferreira; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – Uma análise crítica do art. 1.830 do Código Civil brasileiro: legitimidade sucessória do cônjuge separado de fato. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.) – *Os grandes temas de direito civil nos 15 anos do código civil: estudos em homenagem ao prof. Álvaro Vilaça de Azevedo*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017, pp. 523-539, p. 531.

26 TARTUCE, Flávio – *Direito Civil: direito das sucessões*. Vol. 7. 17.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 206.

27 *Ibid.*, p. 199.

de não permanecer casado) importa em retirar a condição de viúva de quem sobreviveu ao pré-morto”²⁸.

Conclusão

O divórcio *post mortem* é um instituto que permite a dissolução do vínculo conjugal após a morte de um dos cônjuges, acarretando a alteração do estado civil da pessoa casada para divorciada ao invés de viúva.

Embora não esteja expressamente previsto na legislação brasileira, o divórcio *post mortem* tem sido reconhecido pelos tribunais pátrios em situações específicas onde há evidências claras de que o casal estava em processo de separação ou divórcio antes do falecimento de um dos cônjuges.

Isso acontece porque, após a edição da Emenda Constitucional n.º 66/2010, é possível a dissolução do casamento pelo divórcio, independentemente de averiguação de culpas e exigências de ordem temporal, passando a constituir direito potestativo dos cônjuges, cujo exercício decorre exclusivamente da manifestação de vontade de seu titular, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.

Para tanto, é reconhecida a legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscar a decretação do divórcio *post mortem*, que trará repercussões significativas no direito sucessório, especialmente na exclusão do cônjuge sobrevivente da sucessão e na redistribuição dos bens do falecido.

Assim, se o divórcio *post mortem* for reconhecido, o cônjuge sobrevivente perde o direito à herança do consorte falecido, na medida em que o vínculo conjugal é considerado extinto retroativamente à data do início do processo de divórcio ou da manifestação clara da intenção de se divorciar, atribuindo-se a herança aos demais sucessores legitimados a suceder. E, caso a partilha eventualmente tenha sido concluída antes da decretação do divórcio *post mortem*, será cabível o manejo da ação de petição de herança, com vistas ao ressarcimento de parte da herança percebida pelo herdeiro aparente, qual seja, o ex-cônjuge.

Essa abordagem visa respeitar a verdadeira intenção do falecido em relação ao seu estado civil e à destinação de seu patrimônio, assegurando uma justiça mais alinhada às circunstâncias fáticas vivenciadas pelo casal antes do óbito.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de – O divórcio no direito brasileiro após a emenda 66/10 e suas consequências no campo sucessório. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 1, N 12 (2012). Disponível em: 2012_12_7117_7144.pdf (cidp.pt). Acesso em: 01/09/2024.

ALVES, Jones Figueirêdo – Divórcio "post-mortem", um direito potestativo. *IBDFAM*. Agosto 2021. Disponível em: IBDFAM: Divórcio "post-mortem", um direito potestativo. Acesso em: 30/08/2024.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – *Curso de direito civil: famílias*, ob. cit., p. 452.

BRASIL – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente). Disponível em: L8069 (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

BRASIL – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

BRASIL – Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: L13105 (planalto.gov.br). Acesso em: 30/08/2024.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos – Divórcio post mortem. *Revista dos Tribunais*. N 1004 (junho/2019). Disponível em: (99+) Divórcio post mortem _Post mortem divorce | Leandro Reinaldo da Cunha and Vivian Assis – Academia.edu. Acesso em: 30/08/2024.

DIAS, Maria Berenice – *Manual de direito das famílias*. 15.ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de – Divórcio 'post mortem': A morte que não separa. *MSJ*. Julho 2018. Disponível em: Divórcio 'post mortem': A morte que não separa – Meu site jurídico (editorajuspodivm.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. – 15.ª ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023.

NORONHA, Fernando – *Direito das Obrigações*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha – *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Patricia Ferreira; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – Uma análise crítica do art. 1.830 do Código Civil brasileiro: legitimidade sucessória do cônjuge separado de fato. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.) – *Os grandes temas de direito civil nos 15 anos do código civil: estudos em homenagem ao prof. Álvaro Vilaça de Azevedo*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017, pp. 523-539.

SENADO FEDERAL – Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. *Relatório final dos trabalhos da Comissão*. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494> . Acesso em: 31/08/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Agravo interno no agravo em recurso especial n.º 1078591/GO. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 31/08/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial n.º 2.022.649/MA. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 2022649 MA 2022/0268446-0 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso especial n.º 2.007.285/MG. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça STJ – PETICAO DE RECURSO ESPECIAL: REsp 2007285 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 31/08/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Recurso Extraordinário n.º 1.167.478/RJ. Disponível em: RE1167478Separaojudicialdivrcio.pdf (stf.jus.br). Acesso em: 30/08/2024.

TARTUCE, Flávio – *Direito Civil: direito das sucessões*. Vol. 7. 17.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Apelação Cível n.º 10000170712665001, 7.^a Câmara cível, rel. des. Oliveira Firmo, j. 29/05/2018. Disponível em: Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC 10000170712665001 MG | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Acesso em: 30/08/2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Agravo de Instrumento n.º 1000200777423004. Disponível em: IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Acesso em: 30/08/2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – Apelação Cível n.º 10325357420208260224. Disponível em: IBDFAM : Instituto Brasileiro de Direito de Família. Acesso em: 30/08/2024.

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NA UNIÃO EUROPEIA: A IMPLEMENTAÇÃO DA CARTEIRA EUROPEIA DE IDENTIDADE DIGITAL

*Sílvia de Carvalho Homem**

Sumário: 1. O enquadramento jurídico-político europeu. 2. Funcionalidades da Carteira Europeia de Identidade Digital. 2.1. Atributos e serviços de confiança. 2.2. O ecossistema da EUDI Wallet. 2.3. A identidade auto-soberana. 3. A evolução da gestão da identidade digital. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: A identidade digital na União Europeia evoluiu com o regulamento eIDAS e a criação da Carteira Europeia de Identidade Digital (EUDI), visando harmonizar a identificação eletrónica e garantir segurança e privacidade. A biometria, uma solução promissora para autenticação, oferece maior segurança, mas levanta preocupações sobre privacidade e possíveis usos indevidos. Tecnologias emergentes, como *blockchain* e inteligência artificial, complementam esses sistemas, mas também introduzem novos desafios. A proteção robusta dos direitos dos cidadãos, como a autodeterminação informacional, é essencial para garantir a confiança e a eficácia das iniciativas digitais na União Europeia.

Palavras-chave: Carteira Europeia de Identidade Digital – Proteção de dados – Biometria.

* Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação. Doutoranda na área das Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho e Doutoranda em Ciências Jurídico Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: silviadecarvalhohomem@gmail.com

Abstract: Digital identity in the European Union has evolved with the eIDAS regulation and the creation of the European Digital Identity Card (EUDI), aimed at harmonizing electronic identification and guaranteeing security and privacy. Biometrics, a promising solution for authentication, offers greater security, but raises concerns about privacy and possible misuse. Emerging technologies such as blockchain and artificial intelligence complement these systems, but also introduce new challenges. Robust protection of citizens' rights, such as informational self-determination, is essential to ensure the trust and effectiveness of digital initiatives in the European Union.

Keywords: European Digital Identity Card – Data protection – Biometrics.

1. O enquadramento jurídico-político europeu

Faz parte do poder soberano do Estado a criação de um sistema de identidade digital para os seus cidadãos, residentes e empresas. Contudo, é à União Europeia (UE) que cabe a responsabilidade de regulamentar essa criação e articular a interação dos vários sistemas de identidade digital dos Estados-Membros. O Regulamento (UE) n.º 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno, que revogou a Diretiva 199/93/CE, está em vigor desde 1 de julho de 2016. O artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é o fundamento jurídico do Regulamento, que estabelece as bases para a eliminação dos obstáculos ao funcionamento do mercado único através da harmonização das legislações dos Estados-Membros. Abrange os sistemas de identificação eletrónica notificados por um Estado-Membro à Comissão e os prestadores de serviços de confiança entre cidadãos, empresas e autoridades públicas. Este reconhecimento começou em 29 de setembro de 2018.

A revisão do eIDAS¹ foi feita de acordo com a avaliação *ex-post* ao Regulamento e a avaliação de impacto *ex ante* da proposta de alteração. Norteia-se no sentido do programa Década Digital, que orienta a transformação digital da Europa, com metas e objetivos para 2030². O objetivo geral da combinação dos Regulamentos eIDAS 2014 e da proposta de alteração em junho de 2021 é garantir o bom funcionamento do mercado interno, nomeadamente no que respeita à prestação e utilização de serviços públicos e privados transfronteiriços e intersetoriais através do desenvolvimento de um mercado único digital com um elevado nível de proteção, através da promoção dos interesses dos consumidores e da concorrência sustentável. Tem como objetivos específicos proporcionar aos cidadãos o reconhecimento da identidade dos titulares de cartões nacionais de identificação civil ou documentos similares em todo o território da UE³. Garante a sua segurança e o pleno controlo dos seus dados pessoais *online* e *offline* quando utilizam soluções de identidade digital. Garante que os serviços públicos e privados possam contar com soluções de identidade digital fiáveis e seguras para além das fronteiras. Enquanto o instrumento de 2014 só permite conectar serviços públicos, a proposta de alteração alarga a interoperabilidade para incluir fornecedores privados. Garante a igualdade de condições para a prestação de serviços de confiança qualificados na UE e a sua aceitação. A vantagem é a do ganho de eficiência e de privacidade diminuindo a “exposição aos forne-

1 Cfr. Regulamento (UE) N.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE [acedido em 18-12-2023]. Texto disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910>.

2 Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Orientações para a digitalização até 2030: a via europeia para a década digital [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt.

3 Cfr. Considerando 12 do Regulamento (UE) N.º 910/2014.

cedores dos serviços, bem como pela redução da necessidade de emissão de credenciais”⁴. Mesmo que o nível de informação partilhada seja a mesma, pelo menos, será possível perceber o que é de facto partilhado.

A mais recente revisão do eIDAS (eIDAS 2.0) é uma normalização da regulamentação para estabelecer um quadro único para a identidade digital na Europa, não substituindo os anteriores eIDAS. Deverá estar operacional até 2025. O objetivo final é que, até 2030, a maioria dos cidadãos europeus tenha uma identificação digital (*e-ID*). As principais novidades do eIDAS 2.0 são:

1) O Serviço de Fideicomisso Qualificado (QTSP): o artigo 3 (16) do Regulamento eIDAS define os serviços fiduciários como “serviços eletrónicos prestados mediante remuneração, que consistem na criação, verificação e validação de assinaturas eletrónicas, selos eletrónicos ou carimbos horários, serviços de entrega eletrónica certificados e certificados relacionados com esses serviços; na criação, verificação e validação de certificados para a autenticação de websites; ou na retenção de assinaturas eletrónicas, selos ou certificados relacionados com esses serviços”. O eIDAS 2.0 alarga os serviços de confiança acrescentando os serviços “qualificados”. Estes novos serviços incluem serviços de arquivo eletrónico de documentos, atestado eletrónico de atributos e livros-razão eletrónicos. Os Serviços de Confiança (TS – *Trust Service*) garantem a segurança das transações eletrónicas através de fornecedores oficiais (fornecedores de serviços de confiança ou fornecedores de serviços de confiança qualificados) de acordo com as normas da UE. A utilização de um Fornecedor de Serviços de Confiança Qualificado (QTSP – *Qualified Trust Service Provider*) proporciona um nível de segurança mais elevado, por estar sujeito ao controlo e supervisão de um organismo nacional. Além da obrigação de cumprimento dos requisitos estabelecidos no eIDAS, é objeto de auditoria independente quanto à segurança, confiança e qualidade do serviço. Os QTSP aprovados ficam incluídos na Lista de Confiança da UE.

2) A EUDI Wallet, juntamente com o eIDAS 2.0, visa dar aos cidadãos e empresas europeias acesso aos seus dados pessoais através de uma aplicação móvel instalada nos seus telemóveis. A Carteira Europeia de Identidade Digital⁵ é um meio unificado de identificação eletrónica (eID)⁶ e de confirmação de determinados atributos pessoais para efeitos de acesso a serviços digitais públicos e privados no espaço europeu, para pessoas singulares e coletivas, emitido ao abrigo de sistemas nacionais com um elevado nível de garantia. Preserva o controlo e a privacidade do utilizador ao mesmo tempo que facilita o acesso a serviços digitais, podendo ser utilizada para serviços em linha e fora de linha em

4 Cfr. SHARIF, A. [et al.] – The eIDAS Regulation: A Survey of Technological Trends for European Electronic Identity Schemes. *Appl. Sci.* 12 (2022) [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/24/12679>.

5 Cfr. EUROPEAN COMMISSION – European Digital Identity [acedido em 22-12-2023]. Texto disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europe-an-digital-identity_en.

6 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. Versão 1.0. Jan. 2023 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em https://www.identrust.eu/wp-content/uploads/2023/03/ARF_v1_00_for_publication.pdf.

toda a UE. O utilizador deverá não só ter o controlo total sobre os seus dados guardados na sua Carteira EUDI, como o acesso a um histórico, com a informação de todas as operações efetuadas, devendo ser igualmente notificado de violações de controlo⁷.

2. Funcionalidades da Carteira Europeia de Identidade Digital

2.1. Atributos e serviços de confiança

A carteira EUDI é um aplicativo que possibilita aos usuários administrar os seus dados pessoais (eID) e atributos de maneira segura, conhecido como serviços de confiança. Este aplicativo atende a dois propósitos principais: auxiliar na criação de um Mercado Único Digital, fundamentado no regulamento eIDAS, e assegurar a proteção dos dados pessoais dos indivíduos, baseando-se no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

As *partes confiantes*⁸ devem aceitar a utilização de Carteiras EUDI quando lhes é pedida uma identificação segura e fiável⁹. Os dados pessoais inseridos no sistema deverão ser combinados ou associados a uma conta existente pertencente à mesma pessoa. A cada utilizador será alocado um identificador único e persistente para o conectar ao seu pedido de autenticação.

Quando é necessário fazer a identificação ou autenticação eletrónica, partilham-se informações pessoais (os atributos) dos titulares (indivíduos ou representantes de pessoas coletivas) através das carteiras digitais. A certeza do seu conteúdo pode ser confirmada pelos prestadores qualificados que podem verificar a autenticidade dos atributos, por meios eletrónicos, a pedido dos utilizadores, através da comparação dos certificados com fontes autênticas. Os atributos são, entre outros: o estado civil, composição do agregado familiar, sexo, idade, endereço, nacionalidade, certidões, dados financeiros, títulos¹⁰, licenças¹¹, carta

7 Cfr. EUROPEAN COMMISSION – European Digital Identity Architecture and Reference Framework-Outline. Fev. 2022 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-digital-identity-architecture-and-reference-framework-outline>.

8 Por partes confiantes, entenda-se “uma pessoa singular ou coletiva que recorre a uma identificação eletrónica ou a um serviço fiduciário. – Regulamento eIDAS. No caso da Carteira EUDI, a Parte Confiadora confia na identificação eletrónica ou no Serviço de Confiança proveniente de uma Carteira EUDI.” Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 8.

9 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 10; no mesmo sentido, EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation, p. 2 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eudi-wallet-implementation>.

10 Cfr. EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation. *cit.*, p. 2.

11 Cfr. ZAFEIROPOULOU, A.; SAKKOPOULOS, E. – Harmonising Digital Identity Documents. *14th International Conference Information, Intelligence, Systems & Applications (IISA)*. Greece. 2023, pp. 1-2.

de condução móvel (mDL – *mobile Driver's License*)¹², documentos de viagem de leitura ótica¹³ (que incluem o passaporte do utilizador¹⁴ e o visto, entre outros), credenciais educativas¹⁵, qualificações profissionais¹⁶, dados de saúde¹⁷, prestações da segurança social¹⁸ e finanças digitais¹⁹. O eIDAS estabelece os serviços de confiança: *eSignature* (assinatura digital), *eSeal* (selo de garantia de autenticidade documental), *eTimestamp* (carimbo horário), o serviço de entrega registada eletrónica de *emails* ou documentos, autenticação de *websites* e, mais recentemente, serviços de arquivo eletrónico de documentos, atestado eletrónico de atributos e livros-razão eletrónicos.

2.2. O ecossistema da EUDI Wallet

As carteiras EUDI precisam de ser compatíveis e operacionais²⁰ em todos os países da UE, utilizando interfaces²¹ definidas por padrões técnicos comuns que sejam voltadas para o uso externo. Várias partes interessadas²² estão envolvidas na prestação do serviço ao cidadão no ecossistema da carteira EUDI²³. No que respeita à governação, temos os organismos nacionais de acreditação e os organismos nacionais de controlo. No que respeita ao fornecimento: temos os fornecedores de tecnologia, o prestador de serviços de identidade (regimes não

12 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 10; no mesmo sentido, EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation. *cit.*, p. 2.

13 *Ibid.*

14 Ou circuito integrado (CI).

15 Definição de Atributo (na proposta de alteração do Regulamento eIDAS): “um elemento, característica ou qualidade de uma pessoa singular ou coletiva ou de uma entidade, em formato eletrónico”. Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 10.

16 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 10; no mesmo sentido, EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation. *cit.*, p. 2.

17 *Ibid.*

18 Cfr. EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation. *cit.*, p. 2.

19 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 10; no mesmo sentido, EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation. *cit.*, p. 2.

20 Cfr. LUKKIEN, Bert [et al.] – Barriers for developing and launching digital identity wallets. *Proceedings of the 24th Annual International Conference on Digital Government Research – Together in the Unstable World: Digital Government and Solidarity, DGO*. Poland: ACM International Conference Proceeding Series, Association for Computing Machinery (ACM). 11/07/2023. pp. 289-299 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em <https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85167870792&origin=inward&txGid=19471224dbb494c543377eac9122ea20>.

21 Cfr. EUROPEAN COMMISSION – European Digital Identity Architecture and Reference Framework-Outline. *cit.*

22 Cfr. LUKKIEN, Bert [et al.] – Barriers for developing and launching digital identity wallets. *cit.*, p. 292.

23 Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. *cit.*, p. 16.

eIDAS), os fornecedores de atributos (esquemas eIDAS), fornecedor de atributos (regimes não-eIDAS), o organismo de avaliação da conformidade, o prestador qualificado de serviços fiduciários, o prestador de serviços fiduciários não qualificado, o prestador de serviços de saúde dentária (regimes eIDAS). No que respeita à procura: temos os cidadãos, os particulares e a administração pública. E ainda prestador de serviços de carteira privada, prestador de serviços de carteira pública, prestador de serviços de confiança pública, prestador privado de serviços fiduciários bem como os fornecedores de serviços em linha (não-eIDAS).

2.3. A identidade auto-soberana

A identidade auto-soberana pode ser definida como um “sistema de gestão de identidade criado para operar independentemente de terceiros atores públicos ou privados, baseado em arquiteturas tecnológicas descentralizadas e concebido para dar prioridade à segurança, privacidade, autonomia individual e auto empoderamento do utilizador”²⁴. Este direito à divulgação seletiva refere-se à ideia de que os indivíduos devem manter a possibilidade de determinar e controlar quem pode aceder às informações que lhe dizem respeito dentro de um sistema de gestão de identidade. Pode ser associada ao princípio da autodeterminação informacional²⁵. No entanto, “enquanto o primeiro compreende e se refere cumulativamente à identificação como um conceito *tecno-jurídico*, o segundo está confinado à esfera jurídica, uma vez que está ligado aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados”²⁶.

No ordenamento jurídico português, está consagrado no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa²⁷. Concede aos cidadãos o direito ao controlo da informação sobre a sua vida privada, impedindo que a pessoa se transforme num “simples objeto de informação”²⁸. Funciona como garantia²⁹ do direito à reserva da intimidade da vida privada. Pretende-se impedir a objetificação e apropriação do ‘eu’ pelos outros, conjuga-se “o direito ao segredo (à intromissão

24 Tradução livre de “identity management system created to operate independently of third-party public or private actors, based on decentralised technological architectures, and designed to prioritise user security, privacy, individual autonomy and self-empowerment” – Cfr. GIANNPOULOU, Alexandra; WANG, Fennie – Self-sovereign identity. *Internet policy review*. DISO 2, 10 (20 Apr. 2021), p. 1 [acedido em 28-12-2023]. Texto disponível em <https://policyreview.info/glossary/self-sovereign-identity>.

25 Cfr. GÖSSEL, Karl Heinz – As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2, 3.º fascículo (1992), p. 321.

26 Tradução livre, o itálico é nosso. “However, while the first cumulatively understands and refers to identification as a techno-legal concept, the second is confined to the legal sphere as it is attached to fundamental rights of privacy and data protection.” Cfr. GIANNPOULOU, Alexandra – Digital Identity Infrastructures: a Critical Approach of Self-Sovereign Identity. *Digital Society*. 2 (2023). [acedido em 26-11-2024]. Texto disponível em https://www.researchgate.net/publication/370703250_Digital_Identity_Infrastructures_a_Critical_Approach_of_Self-Sovereign_Identity.

27 Cfr. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*. Vol. 1. 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 551.

28 *Ibid.*

29 Cfr. MONIZ, Helena – Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 12, N 2 (abr.-jun. de 2002), pp. 246-247.

dos outros na esfera privada, com tomada de conhecimento de aspetos a ela referentes) e um direito à reserva (proibição de revelação)”³⁰.

O indivíduo fica com o direito de controlar (com ênfase na “forma e na extensão”³¹) a informação disponível a seu respeito. Não apenas a recolha da informação, mas também o direito de acesso, retificação e complementação dos registos informáticos (n.º 1) e o controlo do tratamento dos seus dados, mormente o direito ao não tratamento informático de certo tipo de dados pessoais (n.º 3). Tem o direito sobre a sua não divulgação, incluindo o direito à não interconexão fora dos casos previstos na lei (n.º 4), particularmente o direito ao sigilo em relação aos responsáveis pelos ficheiros informatizados e a terceiros. A limitação da interconexão de dados, prevista no n.º 5, segundo o Tribunal Constitucional, “por autodeterminação informativa poderá entender-se o direito de subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada”³². Isto é, sem autorização, não é possível a criação de um perfil completo do titular dos dados.

Douttrinalmente fala-se num direito de proteção de sentido negativo que visa “garantir que cada um de nós não caminhe nu (...) numa sociedade que sabe cada vez mais acerca de cada indivíduo”³³. Alguns autores vão mais longe e consideram-no “simultaneamente um direito garantia do direito à reserva da vida privada e um direito fundamental que se traduz na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”³⁴ ou como Alexandre Sousa Pinheiro que concebe este direito “não apenas como o *Datenschutz* (privacidade), mas como uma verdadeira identidade informacional, alicerçada na proteção dos dados pessoais, no livre desenvolvimento da personalidade e fundamentalmente na dignidade da pessoa humana”³⁵. A implementação da identidade auto-soberana envolve necessariamente a aplicação de tecnologia apropriada que garanta a segurança do processo de identificação ou de transferência de informação. Por outras palavras, que garanta a proteção de dados e em última instância o direito à autodeterminação informacional.

30 Cfr. RIBEIRO, J. Sousa – A tutela de bens da personalidade na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. *Estudos de Homenagem ao Prof Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 853.

31 Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia – A Vida num Código de Barras. *Studia Iuridica*. N 101 (2010), p. 962

32 ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 442/2007, de 14 agosto de 2007. [acedido em 28-12-2023]. Texto disponível em https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20_070442.html.

33 Cfr. CASTRO, Catarina – O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de setembro. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

34 Cfr. MONIZ, Helena – Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. *cit.*, pp. 246-247.

35 Cfr. PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa – *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015, pp. 818/819.

3. A evolução da gestão da identidade digital

A gestão da identidade digital tem-se tornado cada vez mais importante com o aumento das interações *online*, que envolvem dados como nomes de utilizador, *e-mails*, dados biométricos e perfis de redes sociais. Inicialmente, os sistemas de identidade eram simples, baseados em nomes de utilizador e senhas, mas evoluíram para incluir bases de dados centralizadas controladas por diversas instituições. Contudo, essa centralização tornou esses sistemas vulneráveis a ciberataques e violações de dados³⁶.

Em resposta, desenvolveu-se a infraestrutura de chave pública (PKI – *public key infrastructure*)³⁷, que utiliza criptografia para verificar identidades e garantir a comunicação segura *online*. Porém, com a ascensão das redes sociais³⁸ e do início de sessão único (SSO – *single sign-on*)³⁹, novas vulnerabilidades surgiram, expondo grandes quantidades de dados pessoais a riscos.

A tecnologia *blockchain* surgiu como uma solução, proporcionando uma gestão de identidade descentralizada, mais segura e resistente a falsificações e ataques. Os dados pessoais dos utilizadores são guardados em dispositivos móveis (*smartcard* ou no *smartphone* do utilizador com *hardware* seguro⁴⁰) com base nos princípios da identidade auto-soberana. O acesso autorizado aos dados garante integridade, privacidade e confidencialidade. As provas criptográficas das identidades são mantidas em armazenamento descentralizado com base em *blockchain*. Este sistema garante igualmente a conectividade direta entre um utilizador e um emissor⁴¹, eliminando os riscos associados à partilha de dados com um terceiro⁴². A identidade auto-soberana pretende transformar o utilizador no “único soberano das suas credenciais”⁴³.

A tecnologia de *blockchain* tem duas grandes vantagens: não só comprova a integridade dos registos da base de dados, como faz prova de adulteração

36 Cfr. SAMPATH S [et al.] – Decentralized Digital Identity Wallet using Principles of Self – Sovereign Identity Applied to Blockchain. *7th International Conference on Recent Advances and Innovations in Engineering (ICRAIE)*. Mangalore, India: IEEE, 2022, p. 337 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/10054286>.

37 A *Public key infrastructure* emite certificados digitais por autoridades de certificação de confiança (CA – *certificate authorities*) através de pares de chaves públicas e privadas.

38 Redes sociais tais como o *Facebook* e o *LinkedIn*, no início da década de 2000.

39 A *single sign-on* permite aos utilizadores aceder a vários serviços com um único conjunto de credenciais.

40 Cfr. PODGORELEC, Blaž [et al.] - What is a (Digital) Identity Wallet? A Systematic Literature Review. *46th Annual Computers, Software, and Applications Conference (COMPSAC)*. Los Alamitos, CA, USA: IEEE, 2022, p. 810 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/9842532>.

41 Uma das vantagens associadas à *Blockchain* é a simplificação dos processos de verificação de identidade, permitindo aos utilizadores gerir os seus dados de identidade com a SSI – *Self-sovereign identity*, ao conceder acesso apenas a partes confiáveis.

42 Cfr. NAIK, Nitin; JENKINS, Paul - Self-Sovereign Identity Specifications: Govern Your Identity Through Your Digital Wallet using Blockchain Technology. *8th IEEE International Conference on Mobile Cloud Computing, Services, and Engineering (MobileCloud)*, Oxford, UK: IEEE, 2020, p. 91 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/9126742>.

43 Cfr. PODGORELEC, Blaž [et al.] - What is a (Digital) Identity Wallet? A Systematic Literature Review. *cit.*, p. 810.

de registos de atividade. A “correção dos processos nos sistemas informáticos exige que se confie nas pessoas que gerem o sistema e esta confiança é normalmente proporcionada pela corroboração de outras pessoas. A cadeia de blocos permite-nos provar que a configuração do sistema e os registos de atividade não são manipulados após o estado correto acordado. A substituição de afirmações subjetivas por provas permite um melhor controlo do tratamento de informações pessoais”⁴⁴.

No entanto, desafios como a interoperabilidade entre diferentes plataformas e a escalabilidade da *blockchain* permanecem. Tecnologias emergentes, como a autenticação biométrica⁴⁵ e a inteligência artificial⁴⁶, estão a complementar essas soluções, oferecendo maior segurança e personalização na gestão da identidade digital, tendo a capacidade de detetar atividades fraudulentas em tempo real através de análise de padrões e comportamentos.

A autenticação biométrica oferece vantagens significativas para o setor público, especialmente na gestão de identidade, proporcionando uma forma eficaz e fiável de autenticação. Essa tecnologia é aplicada em diversas áreas, como serviços financeiros e de aplicação da lei, e pode aumentar a privacidade ao fornecer maior segurança comparada a métodos tradicionais. Melhora a eficiência dos processos governamentais, exemplificada pelo uso de reconhecimento facial em aeroportos e reconhecimento de voz em serviços públicos. No entanto, a implementação dessas tecnologias levanta preocupações sobre a privacidade da informação.

A biometria engloba uma variedade de tecnologias diferentes que utilizam a correspondência probabilística para autenticar a identidade de indivíduos com base nas suas características biométricas. Estas podem ser características fisionómicas (por exemplo: a face, a íris, a impressão digital ou a geometria da mão) ou atributos comportamentais (a assinatura, o padrão de digitação de uma pessoa ou a marcha).

Nos sistemas um-para-um (autenticação), essas características são comparadas com dados previamente fornecidos pelo indivíduo, tal como acontece ao desbloquear um telemóvel com impressão digital. Essa autenticação pode ser ativa (na qual o indivíduo participa ativamente) ou passiva (em que os dados são coletados em segundo plano, como, por exemplo, no caso da biometria vocal durante uma ligação telefónica). A biometria comportamental analisa padrões de comportamento, tais como: o modo de segurar um dispositivo, o estilo de digitação (a forma como os seus dedos tocam no ecrã e a força que aplica), como se move, como se comporta e a linguagem que utiliza (por exemplo, a estrutura das frases, a escolha de palavras ou a gramática). Este é um tipo de autenticação

44 Cfr. PRIISALU, Jaan; OTTIS, Rain – Personal control of privacy and data: Estonian experience. *Health Technol (Berl)*. V 7, N 4 (2017), p. 449. Texto disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s12553-017-0195-1>.

45 Métodos de autenticação biométrica tais como o reconhecimento facial, a digitalização de impressões digitais, o reconhecimento de voz, entre outros.

46 Tanto a inteligência artificial (IA – *Artificial intelligence*) como a aprendizagem automática (ML – *machine learning*).

passiva cada vez mais utilizado a título de camada adicional de segurança para a confirmação de identidades.

Nos sistemas um-para-muitos (identificação em massa), a característica biométrica de uma pessoa desconhecida é comparada com outras numa base de dados, como, por exemplo, no uso de reconhecimento facial para identificar indivíduos numa multidão ou para comparar ADN em investigações criminais. Esses sistemas podem colaborar com outras tecnologias para funções além da identificação, como vigilância e monitorização, utilizando redes de câmaras e inteligência artificial para seguir indivíduos identificados. A automação desses processos, com recurso à IA, torna a biometria uma ferramenta poderosa tanto na autenticação quanto na identificação de pessoas. Mas não é infalível.

Os sistemas biométricos podem apresentar dois tipos de erros: “falsos positivos”, quando o sistema faz uma correspondência incorreta entre uma entrada e um modelo; e “falsos negativos”, quando o sistema não reconhece uma correspondência válida. A correspondência biométrica é um cálculo probabilístico sujeito a margens de erro. Esse erro pode ocorrer por diversas razões, como semelhanças em características biométricas entre indivíduos (por exemplo, gémeos monozigóticos), mudanças na aparência devido ao envelhecimento, lesões ou condições médicas, ou diferenças na interação com o sensor entre as fases de registo e reconhecimento (por exemplo, diferença na postura corporal), condições de iluminação e postura durante a captura da biometria ou vieses na aprendizagem do sistema.

Além disso, a biometria não é infalível contra fraudes, como o *spoofing*, em que artefactos falsos são usados para enganar sensores biométricos. Métodos como a deteção de vivacidade são implementados para mitigar esses riscos, mas não eliminam completamente as vulnerabilidades.

A biometria, embora valiosa para autenticação, apresenta desafios significativos à privacidade. Esses desafios dependem da forma como os sistemas biométricos são projetados e utilizados. Um dos principais problemas é o “deslizamento de função”, em que as informações biométricas, coletadas para um propósito específico, são usadas para finalidades secundárias sem o consentimento do indivíduo.

Outro risco envolve a “recolha secreta” de dados biométricos, como a captura passiva de características faciais ou impressões digitais sem o conhecimento do indivíduo, o que aumenta a possibilidade de violações de privacidade à medida que a tecnologia avança (por exemplo, a recolha de informação biométrica facial a partir de fotografias tiradas à distância ou a recolha biométrica de impressões digitais recolhidas muito depois de o indivíduo ter entrado em contacto com uma superfície dura).

Além disso, características biométricas podem revelar informações secundárias não consentidas, como dados de saúde, e desafiar a noção de consentimento. Muitas vezes, a coleta biométrica é dissimulada ou obrigatória, limitando a capacidade do indivíduo de controlar as suas informações pessoais. Esse processo pode ser considerado desumanizante, reduzindo as características únicas de um indivíduo a simples dados, impactando a sua identidade e relações sociais.

A utilização crescente da biometria também pode infringir a privacidade territorial e corporal, especialmente em contextos de vigilância. A tecnologia de reconhecimento de emoções faciais (FER – *facial expression recognition*), uma extensão da biometria, também apresenta desafios específicos. Enquanto pode ser usada para personalizar serviços e melhorar a segurança pública, a sua precisão é questionável, especialmente devido à variação das expressões faciais entre indivíduos e culturas. A FER pode inadvertidamente levar à discriminação, principalmente se os algoritmos forem treinados com dados tendenciosos, resultando em interpretações incorretas que podem afetar negativamente os indivíduos.

Alguns exemplos de potenciais utilizações das FER são: analisar expressões faciais para prever a reação individual para fins de *marketing* (recolhidas, por exemplo, a partir de *outdoors*); prever perturbações psíquicas, depressão, autismo ou doenças neurodegenerativas; identificar candidatos desinteressados numa entrevista de emprego; controlar a atenção dos empregados; detetar ladrões de lojas e prevenir fraude; detetar mentiras e fazer controlo inteligente das fronteiras; fazer rastreio preditivo de espaços públicos para identificar emoções que desencadeiam potenciais ameaças de terrorismo; fazer deteção de atitudes políticas, entre outros.

A FER e outras formas de biometria podem ser usadas para criar perfis automatizados e tomar decisões baseadas em dados emocionais, o que pode levar a manipulações indesejadas ou injustas, podendo impactar negativamente a liberdade individual e a confiança na sociedade.

4. Conclusão

A crescente digitalização das interações humanas e a necessidade de proteger dados pessoais têm impulsionado a evolução dos sistemas de identidade digital, tanto em nível nacional quanto europeu. A União Europeia, por meio do regulamento eIDAS e das suas revisões, tem procurado harmonizar e regulamentar esses sistemas, criando um quadro legal que facilite a interoperabilidade e a segurança das identidades digitais em todo o bloco. A introdução da Carteira Europeia de Identidade Digital (EUDI) e a implementação do eIDAS 2.0 representam passos significativos nesse sentido, oferecendo aos cidadãos e empresas europeias uma forma segura e padronizada de se identificarem e autenticarem no espaço digital.

A autenticação biométrica tem sido destacada como uma solução promissora para garantir a segurança e eficiência na gestão da identidade digital. A biometria, que abrange desde o reconhecimento facial até à análise de padrões comportamentais, proporciona uma forma de autenticação que, embora complexa, é mais difícil de falsificar em comparação com métodos tradicionais como as senhas. A aplicação da biometria em serviços públicos e privados tem demonstrado benefícios claros, como a melhoria da eficiência em processos governamentais e o aumento da segurança em transações eletrônicas.

No entanto, a implementação dessas tecnologias não é isenta de desafios, particularmente no que diz respeito à privacidade e à segurança dos dados.

A centralização de dados biométricos em sistemas de identidade digital levanta preocupações sobre a possibilidade de ciberataques e violações de dados, que podem expor informações pessoais sensíveis. Além disso, a irreversibilidade das características biométricas – uma vez comprometidas, não podem ser alteradas como uma senha – adiciona um risco significativo, tornando essencial a implementação de medidas rigorosas de proteção.

Outro ponto crítico é o “deslizamento de função”, em que dados biométricos coletados para um propósito específico são utilizados para finalidades secundárias sem o consentimento dos indivíduos. Este tipo de uso indevido de dados pode minar a confiança dos cidadãos nos sistemas de identidade digital e representar uma violação significativa dos direitos à privacidade. A coleta secreta de dados biométricos, sem o conhecimento ou consentimento dos indivíduos, também apresenta um risco crescente à medida que a tecnologia avança, permitindo a captura de dados à distância sem interação direta.

A tecnologia de reconhecimento de emoções faciais (FER), que se baseia na análise de expressões faciais para inferir estados emocionais, exemplifica os desafios éticos e técnicos associados ao uso avançado da biometria. Embora a FER possa ser aplicada em áreas como *marketing*, segurança pública e saúde, a sua precisão e a possibilidade de discriminação baseada em fatores como a cor da pele ou características culturais são preocupações significativas. A aplicação de algoritmos tendenciosos pode levar a interpretações erradas e a decisões automatizadas injustas, afetando negativamente a vida das pessoas.

Em última análise, a integração de tecnologias biométricas na identidade digital deve ser acompanhada por uma regulamentação robusta que equilibre os benefícios da segurança e eficiência com a necessidade de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, como a privacidade e a autodeterminação informacional. A autodeterminação informacional, consagrada em muitas jurisdições como um direito fundamental, é essencial para garantir que os cidadãos mantenham o controlo sobre os seus dados pessoais num ambiente digital cada vez mais intrusivo.

As iniciativas da União Europeia, como a Carteira Europeia de Identidade Digital e o eIDAS 2.0, representam um avanço significativo, mas sua eficácia dependerá da implementação cuidadosa de políticas que protejam a privacidade e a segurança dos cidadãos. As tecnologias emergentes, como *blockchain* e inteligência artificial, também desempenharão um papel crucial nesse cenário, oferecendo soluções para alguns dos desafios atuais, mas também introduzindo novos riscos que precisarão de ser geridos com rigor e responsabilidade. A confiança dos cidadãos na identidade digital será fundamental para o sucesso dessas iniciativas, e isso só será alcançado através de uma combinação de inovação tecnológica e proteção robusta dos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*. Vol. 1. 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Catarina – O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de setembro. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA – Orientações para a digitalização até 2030: a via europeia para a década digital [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt.

COMMISSION RECOMMENDATION – The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework. Versão 1.0. Jan. 2023 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em https://www.identrust.eu/wp-content/uploads/2023/03/ARF_v1_00_for_publication.pdf.

EUROPEAN COMMISSION – European Digital Identity Architecture and Reference Framework-Outline. Fev. 2022 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-digital-identity-architecture-and-reference-framework-outline>.

EUROPEAN COMMISSION – European Digital Identity [acedido em 22-12-2023]. Texto disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-digital-identity_en.

EUROPEAN COMMISSION – EU Digital Identity Wallet Pilot implementation, p. 2 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eudi-wallet-implementation>.

GIANNOPOULOU, Alexandra – Digital Identity Infrastructures: a Critical Approach of Self-Sovereign Identity. *Digital Society*. 2 (2023). [acedido em 26-11-2024]. Texto disponível em https://www.researchgate.net/publication/370703250_Digital_Identity_Infrastructures_a_Critical_Approach_of_Self-Sovereign_Identity.

GIANNOPOULOU, Alexandra; WANG, Fennie – Self-sovereign identity. *Internet policy review*. DISO 2, 10 (20 Apr. 2021). [acedido em 28-12-2023]. Texto disponível em <https://policyreview.info/glossary/self-sovereign-identity>.

LUKKIEN, Bert [et al.] – Barriers for developing and launching digital identity wallets. *Proceedings of the 24th Annual International Conference on Digital Government Research - Together in the Unstable World: Digital Government and Solidarity, DGO*. Poland: ACM International Conference Proceeding Series, Association for Computing Machinery (ACM). 11/07/2023. pp. 289-299 [acedido em 21-12-2023]. Texto disponível em <https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85167870792&origin=inward&txGid=19471224dbb494c543377eac9122ea20>.

NAIK, Nitin; JENKINS, Paul – Self-Sovereign Identity Specifications: Govern Your Identity Through Your Digital Wallet using Blockchain Technology. *8th IEEE International Conference on Mobile Cloud Computing, Services, and Engineering (MobileCloud)*, Oxford, UK: IEEE, 2020, p. 91 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/9126742>.

PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa – *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015.

PODGORELEC, Blaž [et al.] – What is a (Digital) Identity Wallet? A Systematic Literature Review. *46th Annual Computers, Software, and Applications Conference (COMPSAC)*. Los Alamitos, CA, USA: IEEE, 2022, p. 810 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/9842532>.

PRIISALU, Jaan; OTTIS, Rain – Personal control of privacy and data: Estonian experience. *Health Technol (Berl)*. V 7, N 4 (2017), p. 449. Texto disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s12553-017-0195-1>.

SAMPATH S [et al.] – Decentralized Digital Identity Wallet using Principles of Self- Sovereign Identity Applied to Blockchain. *7th International Conference on Recent Advances and Innovations in Engineering (ICRAIE)*. Mangalore, India: IEEE, 2022, p. 337 [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/10054286>.

SHARIF, A. [et al.] – The eIDAS Regulation: A Survey of Technological Trends for European Electronic Identity Schemes. *Appl. Sci.* 12 (2022) [acedido em 19-12-2023]. Texto disponível em <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/24/12679>.

ZAFEIROPOULOU, A.; SAKKOPOULOS, E. – Harmonising Digital Identity Documents. *14th International Conference Information, Intelligence, Systems & Applications (IISA)*. Greece. 2023.

Sistemas registrais e desenvolvimento económico

*Susana Pereira**

Sumário: 1. O registo predial. 1.1. Noção. 1.2. Finalidades. 2. Os sistemas de registo predial. 2.1. Quanto à natureza jurídica. 2.1.a). O sistema português. 2.2. Quanto à adoção do princípio da fé pública registral. 2.2.a). O sistema português. 3. A importância da proteção do registo no comércio jurídico imobiliário – as nossas conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: O registo predial visa tornar pública a situação jurídica dos prédios. Ora, sendo o comércio imobiliário uma importante alavanca no desenvolvimento económico de um país, parece-nos de salutar interesse perceber em que medida a proteção jurídica, fraca ou forte, oferecida por um dado sistema de registo predial tem (ou não) impacto no comércio imobiliário e, assim, no desenvolvimento económico de um dado país. Sendo que tal proteção advirá, a nosso ver, da adoção ou não do princípio da fé pública registral. Para tanto, analisaremos os sistemas de registo predial português e espanhol.

Palavras-chave: Registo predial – Comércio jurídico imobiliário – Fé pública registral.

Abstract: The land registry aims to make the legal status of buildings public. Now, as real estate trade is an important lever in the economic development of a country, it seems to us to be of healthy interest to understand to what extent the legal protection, weak or strong, offered by a given land registration system has (or not) an impact on trade, real estate and, thus, the economic development of a given country. In our view, such protection will come from whether or not the principle of public registration faith is adopted. To do so, we will analyze the Portuguese and Spanish land registration systems.

Keywords: Land registry – Real estate legal trade – Public registration faith.

* Doutoranda em Direito na Universidade de Santiago de Compostela; Mestre em Solicitoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto; Licenciada em Direito pela Universidade Lusíada do Porto; Licenciada em Solicitoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto; Solicitadora e Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto. E-mail: spp@estg.ipp.pt

1. O registo predial

1.1. Noção

Por mais que recuemos na nossa antiguidade, de forma mais ou menos solene e enraizada, sempre existiu a preocupação por parte do homem em conservar a memória da ocorrência de certos factos e eventos da vida, seja da vida privada, seja da vida em sociedade. Mais do que buscar mecanismos de conservação duradoura para lá da memória, o homem sentiu necessidade de criar mecanismos fiáveis que permitissem, em qualquer momento e nas mais variadas circunstâncias, provar a ocorrência de determinados factos. Em particular, daqueles dos quais tenha resultado a origem ou a modificação de situações/relações jurídicas. Isto porque, “a possibilidade de conhecer com verdade a situação jurídica de pessoas e coisas constitui elemento essencial à confiança no estabelecimento de relações jurídicas e consequentemente à confiança na vida em sociedade”¹.

Ora, considerando que seria tarefa bastante árdua, dispendiosa, e provavelmente infrutífera, deixar à mercê de cada um de nós a busca pelas informações suprarreferidas, com a certeza de que o que se busca é informação dotada de certeza e segurança jurídica, sentiu-se a necessidade premente de dotar os Estados com sistemas de memorização de factos com consequências jurídicas, dotados de credibilidade firmada e acessível a qualquer interessado – e assim nasceram os registos (públicos). Com o surgimento dos registos nasce, igualmente, o direito registral, enquanto conjunto de normas jurídicas que regulam os processos e os efeitos decorrentes da publicidade dos direitos, tendo em vista a segurança do comércio jurídico.

No que toca ao registo predial, este poderá ser definido como o instituto jurídico (enquanto conjunto de normas) ou serviço público (enquanto serviço do Estado, instituição dotada de profissionais especializados que recebem e qualificam documentos e praticam atos em suportes documentais) destinado a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, com vista à segurança do comércio jurídico imobiliário, conforme resulta do próprio art. 1.º, n.º 1, do Código do Registo Predial português e, por outras palavras, do art. 1.º da Lei Hipotecária Espanhola.

“Nesta fórmula legal, temos que o registo predial é, antes de mais, um sistema de informação, no qual se reproduz e se divulga a situação jurídica do prédio, enquanto coisa ou objeto de direitos, mas também o escopo, e, dessa forma, o para quê, que, depois, se manifesta na sua eficácia”².

Temos assim que, o registo predial visa, considerando o património imobiliário de cada um de nós, conciliar a segurança jurídica dos nossos direitos subjetivos sobre os bens imóveis, os nossos direitos adquiridos, com a segurança do comércio/tráfego jurídico. Concilia, deste modo, uma dimensão estática e uma

1 LOPES, Joaquim de Seabra – *Direito dos Registo e do Notariado*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4604-4, p. 9.

2 TEIXEIRA, Madalena [et al.] – *Estudos em Homenagem a Sérgio Jacomino*. Coimbra: Gestlegal, 2022. ISBN 9789898951960, p. 280.

dimensão dinâmica dos direitos reais. “Não está, porém, em causa a segurança de cada acto individualmente considerado, mas uma segurança global que visa o tráfego jurídico imobiliário no seu conjunto. Ora isso exige uma organização complexa, norteadora por certos princípios, com uma técnica específica e uma metodologia por via de regra assente numa conexão, num entrelaçar de factos jurídicos à volta de um objecto”³.

Mas, note-se, a relevância do registo predial, da verdade que o mesmo publicita, não se limita à dinâmica da transmissão dos direitos reais entre o atual e o novo titular desses direitos. Não é apenas na típica relação de compra e venda, de transmissão do direito de propriedade sobre um bem, neste caso imóvel, que o registo manifesta a sua importância. O comprador tem, claro, o superior interesse de saber que adquire o direito de quem tem legitimidade para o transmitir, tal como tem o interesse em conhecer os eventuais ónus ou encargos que incidem sobre o bem, os quais deverão igualmente ser publicitados pelo registo predial. Mas, mais ainda, e nesta ótica relevante para efeitos de tráfico jurídico, aquele que vai adquirir um imóvel, na esmagadora maioria das vezes, necessitará, para tanto, do recurso ao crédito, em particular ao financiamento bancário, tendo o empréstimo a conceder como contrapartida uma garantia que consistirá, regra geral, na hipoteca efetuada sobre o imóvel a adquirir. Ora, também para a entidade financiadora é de extrema importância conhecer, com exatidão, o bem sobre o qual irá versar a sua garantia, suas características, eventuais ónus ou encargos anteriores constituídos a favor de outrem, isto para que futuramente não veja a sua garantia reduzida. Com esta singela exemplificação, “vemos cómo el Registro de la Propiedad tiene una transcendencia fundamental en el tráfico jurídico inmobiliario”⁴.

1.2. Finalidades

Preconizando o que antes se disse a propósito da função do registo predial, quer o Código do Registo Predial Português (onde se poder ler: “o registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário”), quer a Lei Hipotecária em Espanha (onde se pode ler: “el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”) começam por, no seu art. 1.º, indicar quais os fins do registo (no ordenamento português) ou as funções do registo (no ordenamento espanhol).

Como vemos, ambos os sistemas registrais visam dar publicidade à situação jurídica dos prédios, o mesmo é dizer aos direitos, ónus ou encargos que

3 MENDES, Isabel Pereira – *Estudos sobre Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724019444, p. 15.

4 GÁLLIGO, Francisco Javier Gómez; CARRASCOSA, Pedro del Pozo – *Lecciones de Derecho Hipotecario*. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. ISBN-10: 84-9768-369-2. ISBN-13: 978-84-9768-369-2, p. 16.

sobre eles incidem, com vista à segurança do comércio jurídico, à segurança das relações jurídicas que se estabelecem fora do registo, previamente a este.

Em boa verdade, quando dizemos que o registo predial visa publicitar os direitos e respetivos titulares, queremos dizer que, uma vez registado, torna-se público (publicado) e, consequentemente, oponível *erga omnes*. Porquanto, conforme se extrai do art. 5.º do Código do Registo Predial português e do art. 32.º da Lei Hipotecária espanhola, vigoram em ambos os sistemas a regra/princípio da oponibilidade, isto é, os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respetivo registo. Assim, e de uma forma simplista, apenas aquele que regista salvaguarda o seu direito perante terceiros, na medida em que o mesmo lhes é oponível, por ser deles conhecido.

E, aqui, entroncamos naquela que é a função, talvez principal, do registo predial: a sua função económica. Utilizando as palavras de BERNALDO DE QUIRÓS⁵, “el Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito y, sobre todo, el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria), y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos)”.

O registo predial atua num dos elementos centrais do sistema económico, qual seja, o da definição, atribuição e proteção do direito de propriedade. É o direito de propriedade que faz o mercado funcionar, dado que cada um de nós vende aquilo de que é proprietário, dá de garantia aquilo de que é proprietário, onera aquilo que é seu, adquire aquilo de que outros são proprietários. Sendo que “qualquer sistema de contratação da propriedade destina-se a permitir que as partes envolvidas, *maxime* o adquirente, reúnam a baixos custos um conhecimento seguro sobre os direitos de propriedade e a sua titularidade de forma a permitir a formação de contratações seguras e tendencialmente inatacáveis dos direitos de propriedade. Julgamos que esse objectivo é sobretudo assegurado pela própria configuração da propriedade enquanto direito real – efeitos *erga omnes* e *numerus clausus* –, o qual carece de um registo predial sólido e funcional, que forneça uma informação fidedigna das titularidades e da propriedade”⁶.

Além desta função económica que é, inegavelmente, a principal função do registo, tendemos ainda a atribuir-lhe uma função social, de busca de paz social. Os sistemas registrais, e aqui não só o registo predial, proporcionam a por nós designada paz social, ao representar a atividade do Estado que raramente é posta em causa (senão vejamos o número de ações judiciais propostas em que se coloque em causa um registo). Tendo os sistemas de registo nascido para dar segurança aos cidadãos, enquanto sistemas de publicidade eficiente, que de uma forma robusta e segura publicitam e asseguram os direitos dos cidadãos, é inegável que os mesmos acarretam este cariz de função social, permitindo aos

5 QUIRÓS, Manuel Peña Bernaldo de – *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. ISBN 9788495240453, Tomo II – Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad, p. 490.

6 MARQUES, Alexandra Gonçalves – A transmissão da propriedade em Portugal: a questão informacional subjacente ao registo predial. *Revista O Direito*. ISBN 9789724044996. Ano 143.º I (2011), p. 132.

sujeitos viver tranquilos, celebrar negócios jurídicos seguros, desenvolver a sua via pessoal e patrimonial de uma forma segura.

Trata-se de uma função não tão evidente, talvez, mas ainda assim de extrema relevância. E talvez seja menos evidente esta função precisamente pela sua efetiva concretização. Se os sistemas não funcionassem, o caos entre os sujeitos seria evidente, e aí seria mais notória esta finalidade dos registos. Significa, assim, que, apesar das suas deficiências, os sistemas de registo, e aqui focamo-nos no português e espanhol, funcionam.

2. Os sistemas de registo predial

2.1. Quanto à natureza jurídica

Como anteriormente se refere, os sistemas registrais prediais visam dar publicidade à situação jurídica dos prédios, em concreto aos direitos reais, ónus ou encargos que sobre eles impendem, com vista à segurança do comércio jurídico, à segurança das relações jurídicas que se estabelecem fora do registo, previamente a este.

Bem sabemos que, os direitos reais são caracterizados pela sua eficácia *erga omnes*, a qual acarreta, para todos aqueles que não são o titular do *ius in re*, um dever geral de abstenção. Porém, nada impede que, mesmo atuando de boa-fé, possa qualquer um de nós violar o direito real alheio, acarretando com as consequências que daí poderão advir. Ao mesmo tempo, todos nós, enquanto terceiros, poderemos ser defraudados nos nossos interesses quando, por exemplo, nos propomos a adquirir uma coisa (no caso em concreto, um imóvel) a outrem, não sendo este, atualmente ou não tendo sido em momento algum, o seu real proprietário/titular, ou, ainda, adquirindo um imóvel onerado (por exemplo, com uma servidão ou hipoteca), quando se pensava que o mesmo era transmitido livre de quaisquer ónus e/ou encargos.

Ora, a evolução dos tempos e os tipos de sociedade levaram a que se acentuasse o conflito entre a segurança do direito/segurança jurídica estática e a segurança do tráfico jurídico/segurança dinâmica/segurança das aquisições. “A segurança do direito (ou segurança jurídica *estática*) consiste na protecção do *titular* do direito contra qualquer invasão de terceiros, no sentido de assegurar que não pode ocorrer uma modificação desfavorável da situação das relações patrimoniais do titular do direito sem o consentimento deste ou sem o concurso da sua vontade. A segurança do tráfico (segurança *dinâmica* ou segurança das aquisições) consiste na protecção de um *potencial* ou pretenso adquirente de um direito, já que não pode frustrar-se uma previsível (porque fundada numa razoável aparência) modificação favorável das relações patrimoniais do potencial ou pretenso adquirente em virtude de circunstâncias que sejam por si

*desconhecidas*⁷. Daqui resultou que a generalidade dos ordenamentos jurídicos, no ritmo da sua própria evolução, passou a fazer depender a oponibilidade dos direitos reais sobre imóveis da sua publicidade registral.

Sucedem que alguns ordenamentos jurídicos adotaram um sistema – designado por sistema de inscrição constitutiva – no qual o registo/a inscrição⁸ possui uma natureza constitutiva do direito real, isto é, é o registo que faz nascer o direito. Nestes sistemas (como é o caso da Alemanha, Áustria, Suíça e Austrália), os direitos reais não se constituem, não se transmitem, nem se modificam à margem do registo. Qualquer ato não registado gera apenas efeitos obrigacionais entre as partes. Outros houve que adotaram um sistema – designado por sistema de inscrição declarativa – no qual o registo é apenas condição de oponibilidade perante (certos e determinados) terceiros, consolidando a sua característica de oponibilidade *erga omnes*. Nestes sistemas (como é o caso de França e Itália), os direitos reais constituem-se, transmitem-se e modificam-se à margem do registo.

No que respeita ao modo de constituição, transmissão, modificação e extinção dos direitos reais, é sabido que, regra geral, é adotado pelos ordenamentos jurídicos um dos seguintes sistemas: o sistema de título, sistema de título e de modo ou sistema de modo. No primeiro caso, para que os direitos reais se constituam, transmitam, modifiquem ou se extingam, basta um título, isto é, o ato pelo qual se estabelece a vontade dessa constituição, transferência, modificação ou extinção⁹. E assim o é com base no princípio da consensualidade¹⁰, segundo o qual o contrato celebrado entre as partes é a fonte de efeitos obrigacionais, e a própria fonte de efeitos reais. No segundo caso, para além do título, a constituição, transmissão, modificação ou extinção de direitos reais exigem um ato/modo (normalmente corresponde à tradição/entrega da coisa) que exterioriza o resultante do título (sendo que este sistema de título e modo ainda se pode subdividir em simples ou complexo, consoante os atos em que se pode repartir o modo – no simples, trata-se apenas da tradição/entrega da coisa, por exemplo; ao passo que, no complexo, além da tradição, pode estar em causa a necessidade do registo). Por fim, no sistema de modo, o efeito real depende da tradição/entrega da coisa, para as coisas móveis, e, para as imóveis, da inscrição no registo, com o respetivo acordo de transmissão (“embora estes actos sejam normalmente precedidos de um contrato prévio em que se manifesta a vontade de atribuir e

7 JARDIM, Mónica – *Estudos de Direitos Reais e Registo Predial*. 1.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-5-1, p. 219.

8 O sistema registral português, tal como o espanhol, estão organizados a partir do prédio, sendo, por isso, caracterizados como sistemas de base ou fôlio real (e não do seu titular – como sucede nos sistemas de base ou fôlio pessoal). Desta feita, para cada prédio é aberta uma descrição, a qual constitui o objeto mediato do registo, e da qual resultam os elementos físicos, económicos e fiscais do prédio (a identificação do prédio). Assim, os prédios descrevem-se e os direitos/situações/factos jurídicos inscrevem-se (na descrição do prédio sobre qual versam). As inscrições definem a situação jurídica dos prédios, efetuada por extrato dos factos (indicam-se os sujeitos e define-se o facto). A situação jurídica do prédio constitui, assim, o objeto imediato do registo.

9 Exemplo: a compra e venda, a doação, a constituição de usufruto, a renúncia ao usufruto, a constituição de servidão, etc.

10 Consagrado entre nós no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil.

adquirir o direito real sobre a coisa, a atribuição e a aquisição não dependem em si mesmas disso, mas apenas do acto por que a atribuição e a aquisição se efectuam”¹¹).

A realidade é que não podemos ser extremistas, ao ponto de afirmar, nem sequer pensar, que estes sistemas jurídicos são estanques/puristas conforme as características suprarreferidas. Evidentemente que não. Os sistemas vão evoluindo, a própria sociedade evolui (o que origina a evolução do pensamento do legislador), e vão, aqui e ali, criando exceções, que não desvirtuam, por regra, o sistema no seu todo da caracterização *supra* apresentada. Apenas o atualizam, indo buscar aproximações a outros sistemas.

2.1.a). O sistema português

Muito se discute, na doutrina e na jurisprudência (aqui, menos), sobre a natureza jurídica do sistema registral português. Havendo mesmo quem entenda que a distinção *supra* apresentada, entre o que caracteriza o sistema constitutivo e o declarativo, deverá ser revista/atualizada, de forma a que não se considere como sistemas constitutivos aqueles, como acontece na Alemanha (doutrina da qual advém esta distinção), em que o direito real só nasce com a inscrição no registo (significando que, se o registo não for feito, o direito existe, mas apenas tem natureza obrigacional – interpartes – e não real – *erga omnes*), mas antes se entendendo que “o registo constitutivo é o que *constitui um suporte essencial*, que se mostra *indispensável* não para o nascimento como no sistema germânico, mas sim para a *invocabilidade* ou para a *exequibilidade* do direito”¹².

Desta forma, ao retirar-se profundidade ao elemento caracterizador dos sistemas constitutivos de direito, dizendo que não podemos entender que o sistema é constitutivo quando é através do registo que o direito nasce ou se transfere, mas antes que é constitutivo sempre que o registo é essencial para que o direito possa ser invocado ou exequível, estamos, a nosso ver, a tentar atribuir uma força/natureza a um dado sistema de registo, neste caso ao português, que ele na verdade não tem. Vamos tentar alterar a definição para, assim, se conseguir enquadrar nele, ou pelo menos trazer-lhe mais similitude, outros sistemas registrais catalogados, pela maioria, como (meramente) declarativos (aqui “meramente” numa ótica de retirada de força/proteção ao sistema em concreto).

Temos, atualmente, autores, como MOUTEIRA GUERREIRO¹³, para quem o sistema de registo predial português é “semi-constitutivo ou semi-declarativo”, alegando que nuns casos é manifestamente declarativo, mas noutros é claramente constitutivo (utilizando como principal exemplo a hipoteca). Já MÓNICA

11 CARVALHO, Orlando de – *Direito das Coisas*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2015-5, pp. 199-200.

12 GUERREIRO, J.A. Mouteira – *Atuais e Dissonantes Temas de Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-9011-5, p. 163.

13 *Ibid.*, pp. 166-167.

JARDIM¹⁴, ao acompanhar tal posição no que toca ao carácter constitutivo da hipoteca, ainda continua a classificar o nosso sistema registral como declarativo, mas com exceções. E, por outro lado, autores como VIRGÍLIO FÉLIX MACHADO¹⁵ e HENRICH HÖRSTER¹⁶, que entendem que, no sistema registral português, o registo predial tem eficácia declarativa, porquanto a constituição, transmissão, modificação ou extinção de direitos reais dependem apenas do título e não do registo. Ao registo cabe publicitar o direito já constituído fora dele, manifestando, desta forma, a sua existência perante terceiros, para que destes seja cognoscível.

Aqui chegados, entendemos que a melhor caracterização é a de que o nosso sistema de registo predial corresponde, efetivamente, a um sistema de natureza declarativa, sem qualquer exceção/situação em que o registo assuma uma natureza constitutiva (apesar de ser maioritário na doutrina o entendimento perfilhado, como *supra* se refere, por MOUTEIRA GUERREIRO e MÓNICA JARDIM, entre outros, de que nas hipotecas, particularmente até nas legais e judiciais, o registo é constitutivo). Sendo que, dentro deste sistema (declarativo), se caracteriza (aqui unanimemente) como um sistema de título, na medida em que o efeito real resulta do próprio título que serve de base ao registo, vigorando entre nós, como anteriormente se deixou escrito, o princípio da causalidade, previsto no artigo 408.º do Código Civil.

E defendemos esta posição porque, em todos os exemplos paradigmáticos da doutrina em que se busca a atribuição de eficácia constitutiva ao registo, em boa verdade, o direito existe antes mesmo do registo. O que sucede é que sem o registo o direito em causa não produz quaisquer efeitos, mesmo entre as partes (como é o caso da hipoteca; além de que, nesse caso, não dispõe da característica essencialmente distintiva do direito real de garantia, qual seja o da prioridade face a outros credores); outros há em que, sem o registo, não é possível a celebração de negócios jurídicos ou atos subsequentes (exemplo: não se podem transmitir direitos reais ou contrair encargos sobre as frações autónomas sem previamente se encontrar definitivamente registado o título constitutivo da propriedade horizontal, como exige o artigo 62.º, n.º 1, do Código do Notariado; bem como, no caso da penhora, de acordo com o artigo 755.º, n.º 4, do Código do Processo Civil, não pode ser feita a adjudicação dos bens penhorados, a consignação judicial dos seus rendimentos ou a respetiva venda sem que o registo definitivo de penhora se encontre realizado). Contudo, em todos os casos vemos que o sistema jurídico, substantivo e adjetivo, está efetivamente em consonância. O titular do direito real, seja ele de que natureza for, e não só, vê nascer o seu direito à margem do registo, antes dele, através de um dos títulos casuisticamente previstos na lei. O registo assume apenas o seu papel, o de publicitar, tornar

14 JARDIM, Mónica – *Estudos de Direitos Reais e Registo Predial*. ob. cit., pp. 265 e 315.

15 MACHADO, Virgílio Félix – *O Registo Predial, o Cadastro e a Atividade Económica sobre Bens Imóveis* [Em linha]. 2022. Tese de Doutoramento, Universidade Portucalense, Porto, Portugal, p. 52. (31.08.2024). Disponível em <https://repositorio.upt.pt/server/api/core/bitstreams/c26e8275-bb23-4128-9277-c6634b8cf40c/content>.

16 HÖRSTER, Heinrich Ewald – A função do registo como meio de proteção do tráfico jurídico. *Regesta*. N 70 (1986), pp. 276 e ss.

cognoscível, não podendo ser alegado o seu desconhecimento, não mais do que isso. Evidentemente que depois teremos regras e princípios registrais que, ao funcionarem, irão dar garantias maiores àqueles que registaram, designadamente em termos de prioridade (*prior in tempore, potior in jure*). Mas, efetivamente, o direito já existe antes do registo. Usando uma linguagem simplista para que se perceba o alcance: pode inclusive não servir para nada alegar a existência do direito, pode não ter efeitos nem sequer perante a outra parte (por exemplo, o devedor), mas a verdade é que o meu direito existe e nasceu com o título válido (se assim o for). Se, a seguir, o facto não foi registado foi porque não me quis acautelar, e dar-lhe a sua força/eficácia máxima, mas não deixa de existir o meu direito¹⁷.

Mas Portugal não é caso isolado quanto a esta ambiguidade de classificação do regime. Em Espanha, país vizinho, a problemática mantém-se, sendo maioritário o entendimento de que o sistema é um sistema declarativo, em que “la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro”¹⁸, também divergindo os entendimentos nas situações em que o sistema possa assumir a natureza de constitutivo, particularmente na hipoteca. Sendo, contudo, minoritário o entendimento na jurisprudência de que a hipoteca não tenha natureza constitutiva¹⁹.

Mais ainda, e aqui no que toca ao modo de constituição e transmissão dos direitos reais em Espanha, o entendimento é unânime de que estamos perante um sistema de título e modo, em que a aquisição e transmissão de direitos reais fundada num negócio depende do acordo das partes/contrato e, ainda, de um modo (a entrega/tradição)²⁰.

2.2. Quanto à adoção do princípio da fé pública registral

É recorrente, estando mesmo enraizada, a ideia de que a segurança/tutela jurídica conferida pelos sistemas registrais está interligada à caracterização suprarreferida, isto é, entende-se como mais seguro/protetor um sistema registral constitutivo de direitos do que um sistema registral declarativo. Isto porque, se, nos sistemas constitutivos, o direito nasce com o registo, antes dele não existe o direito, logo, nunca poderá verificar-se, por exemplo, uma dupla alienação. Ao passo que, nos sistemas declarativos, a função do registo é, apenas, publicar/

17 Poderemos, sim, questionar e de que me valerá um direito que para nada serve? Estamos certos disso. Mas isso não nos parece bastante para, então, contrariando todo o sistema, nalguns casos olvidando o próprio elemento literal, alegar que então nesses casos o registo possui eficácia constitutiva. Entendemos o pensamento, apenas não o conseguimos sustentar.

18 SASTRE, Ramón M^a Roca [et al.] – *Derecho Hipotecario*. 9.^a ed. Barcelona: Bosch, 2008. ISBN 9788497902441, p. 17.

19 Temos nomes como Núñez Lagos e Sanz Fernandez, que defendem que nem a hipoteca assume natureza constitutiva no direito registral espanhol, conforme cita SASTRE, Ramón M^a Roca [et al.] – *Derecho Hipotecario*. 9.^a ed. Barcelona: Bosch, 2008. ISBN 9788497902441, p. 25.

20 CALERO, Francisco Javier Sánchez [et al.] – *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022. ISBN 978-84-1130-833-5.

publicitar o direito já constituído/transmitido. Contudo, cremos que a questão da proteção oferecida pelo registo estará, antes, relacionada com a adoção, ou não, do princípio da fé pública registral, e não tanto com a sua natureza constitutiva ou declarativa.

“O princípio da fé pública registral garante, aos terceiros de boa-fé e titulares inscritos, que os assentos registrais são íntegros e exatos, ainda que tal não corresponda à realidade jurídica extra-registral”²¹. Dito de outro modo, o princípio da fé pública registral é aquele que nos faz confiar no registo e agir de acordo com as expectativas que nos são criadas pela análise do registo²².

Mas vai mais longe. Com a adoção deste princípio, que estabelece uma presunção *iuris et de iure*, confere-se, àquele que confia no registo e que atue de boa-fé, uma total proteção perante eventuais vícios que inquinem os registos anteriores ao seu, e do qual o seu depende, de modo que nunca verá o seu direito ceder perante qualquer nulidade, anulabilidade ou inexistência que possa inquinar o registo a favor do seu transmitente. Aqui se vê a força de um sistema registral, a segurança/confiança que um dado sistema transmite a todos quantos com ele se relacionam.

2.2.a). O sistema português

Por muito que se possa argumentar, tentando fazer passar do sistema registral português uma ideia de segurança, força e proteção, a verdade é que entre nós não foi adotado este princípio da fé pública registral.

Apesar de termos vigente um conjunto de princípios registrais, designadamente o princípio do trato sucessivo, o princípio da legalidade, o princípio da legitimação (entre outros, claro está, mas invocando aqui aqueles que nesta temática mais se relacionam), que dão alguma segurança ao nosso sistema registral, que são basilares para que o registo predial funcione, a verdade é que a proteção oferecida pelos mesmos não é, em bom rigor, forte.

É certo que temos um sistema que parte sempre do prédio, e não dos seus titulares (das pessoas); que obriga a que o registo reflita uma linha cronológica da “vida” do prédio, obrigando ao encadeamento dos factos; que faz pender sobre o conservador uma análise criteriosa dos títulos apresentados a registo, quer do ponto de vista formal, mas também substantivo (sendo, assim, classificado como um sistema de registo de direitos, e não de documentos); e que impõe ao titular, àquele que outorga o título, um conjunto de regras, quer formais, quer substantivas, quer de controlo registral prévio. Todavia, não é menos verdade que conseguiremos apontar situações em que o registo, apesar de todo o formalismo que antes se refere, não irá proteger um terceiro que se veja prejudicado no seu

21 MACHADO, Virgílio Félix – *O Registo Predial, o Cadastro e a Atividade Económica sobre Bens Imóveis*. ob. cit.

22 Exemplo: se analisamos uma descrição de um imóvel e lá consta o registo de aquisição de propriedade a favor de António e se este nos apresenta uma proposta para venda daquele imóvel, tudo nos fará crer que poderemos celebrar o negócio, pois ele é o verdadeiro proprietário do prédio.

direito, em particular, por vícios referentes a negócios/atos anteriores, nalguns casos mesmo estando de boa-fé. E como se consegue justificar que assim seja?

O art. 7.º do Código do Registo Predial, sob a epígrafe “presunções derivadas do registo”, prevê que “o registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define”. Contudo, estamos perante uma presunção *iuris tantum*, ou seja, ilidível mediante prova em contrário que destrua o registo contrário à realidade substantiva. Assim, até que se faça prova contrária ao registo, presume-se que o direito (registado), a existir realmente, tem, perante terceiros, como sujeito o titular inscrito, sem que tal garanta que o referido direito existe. Não tendo existido, da parte do legislador, até ao momento, a preocupação, ou nem sequer a necessidade, de ajustar a lei substantiva, fortalecendo o registo²³. Desta feita, são várias as situações que ocorrem em que a realidade registral não se coaduna com a realidade extrarregistral, ou facilmente pode não se coadunar, enfraquecendo o registo.

Já o sistema registral espanhol, fazendo-se a mesma comparação realizada no ponto anterior, este sim, consagra o princípio da fé pública registral, no art. 34.º da sua Lei Hipotecária. Mais do que se preocupar com a sujeição à obrigatoriedade de registo, o sistema registral espanhol, caracterizado como um sistema forte, protege efetivamente aquele que confia no registo, estabelecendo uma presunção *iuris et de iuri* que protege aquele que contrata/adquire do titular inscrito, mesmo que o que esteja inscrito no registo não corresponda à realidade.

3. A importância da proteção do registo no comércio jurídico imobiliário – as nossas conclusões

O registo predial encarrega-se de tornar a todos cognoscível a realidade jurídica dos prédios. O mesmo é dizer publicitar quais os direitos, ónus, encargos, entre outras situações jurídicas, que sobre aqueles pendem.

Saber que a informação publicitada pelo registo é verdadeira, que corresponde à realidade substantiva e física do prédio, é o propósito de qualquer interessado num dado prédio quando analisa a ficha de registo de um imóvel. Confia naquela informação e, em contrapartida, só espera que o registo possua mecanismos que o protejam caso se venha a apurar que a informação tornada pública não corresponde à verdade.

Um sistema registral com uma proteção forte para aqueles que confiaram no registo será, numa lógica negocial, de investimento imobiliário, certamente mais atrativo do que um sistema que não consegue dar certeza e segurança jurídicas àqueles que confiaram na informação publicitada pelo registo, podendo ver

23 É inegável que a área dos registos, pelo menos em Portugal, é sempre uma área renegada por parte do legislador. A lei substantiva vai sofrendo alterações que a adjetiva não acompanha. Olha-se para esta área de conhecimento com algum receio de lhe “tocar”, o que resulta, em nossa opinião, de um verdadeiro desconhecimento, desde logo porque se trata de uma área do saber que, por exemplo, nem todos os ditos juristas aprenderam. Muitos só têm contacto com o registo predial na vida prática, sem qualquer preparação teórica ou dogmática. E discutir sem conhecer é o mesmo que falar sem saber.

os direitos constituídos com base na confiança do registo ceder perante outros constituídos, *maxime*, à margem do registo.

Este é o aspeto central do nosso estudo, analisar e demonstrar em que medida a segurança e proteção jurídicas oferecidas pelos sistemas registrais influenciam o comércio jurídico imobiliário. É para nós certo que este é um dos aspetos a ter em conta para um qualquer investidor, a par de taxas de juros e outros fatores. A certeza de que o direito que adquire e regista se torna inatacável é, certamente, preponderante na hora de decidir contratar. Mas, ao mesmo tempo, esta segurança e proteção jurídicas são também relevantes, na ótica do Estado, em defesa do direito à habitação dos seus cidadãos. O futuro deveria passar por dotar os sistemas registrais de verdadeiros guardiões de verdade e segurança jurídicas.

Sendo a principal função do registo predial publicitar a situação jurídica dos prédios, o esperado é que publicite a verdade. Se assim não for, gastam-se energias, gastam-se recursos, a todos os níveis, e o resultado será em vão.

É certo que um sistema, ao adotar, em particular, o princípio da fé pública registral, nos termos *supra* definidos, que consagra uma verdade registral, mesmo que não coincidente com a verdade substantiva, está a dar primazia ao comércio jurídico imobiliário e à segurança deste, em detrimento do direito do real proprietário (quando este não coincida com o publicitado pelo registo). Porém, a tónica não está em dar primazia a um em detrimento de outro, o objetivo deverá ser, a nosso ver, de uma forma estruturada, paulatinamente dotar o sistema registral, alterando no que nisso obrigar o direito substantivo, de ferramentas que protejam efetivamente aquele que confiou no registo, no que este publicita, na hora de contratar. Não vendo as suas expectativas defraudadas por fatores a que é totalmente alheio, e relativamente aos quais não teria como aceder, prevenindo-se.

É certo que o sistema não se muda de uma hora para a outra. Sendo também inegável que o nosso sistema registral não é (totalmente) fraco. Contudo, tem as suas fraquezas, que vão sendo apontadas pela doutrina e pela própria jurisprudência, esta com um peso preponderante no que à segurança jurídica respeita, dado que em última instância é o poder jurisdicional que decide o que prevalece (e, para que as decisões sejam justas, seja lá o que isso for, importa que a jurisprudência confie no registo e saiba que dele resulta a verdade), mas que de pouco tem valido, não se vendo preocupação legislativa com esta questão.

Referências bibliográficas

CALERO, Francisco Javier Sánchez [et al.] – *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022. ISBN 978-84-1130-833-5.

CARVALHO, Orlando de – *Direito das Coisas*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2015-5.

GÁLLIGO, Francisco Javier Gómez; CARRASCOSA, Pedro del Pozo – *Lecciones de Derecho Hipotecario*. 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. ISBN-10: 84-9768-369-2. ISBN-13: 978-84-9768-369-2.

GUERREIRO, J.A. Mouteira – *Atuais e Dissonantes Temas de Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-9011-5.

HÖRSTER, Heinrich Ewald – A função do registo como meio de proteção do tráfico jurídico. *Regesta*. N 70 (1986).

JARDIM, Mónica – *Estudos de Direitos Reais e Registo Predial*. 1.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-5-1.

LOPES, Joaquim de Seabra – *Direito dos Registo e do Notariado*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4604-4.

MACHADO, Virgílio Félix – *O Registo Predial, o Cadastro e a Atividade Económica sobre Bens Imóveis* [Em linha]. 2022. Tese de Doutoramento, Universidade Portucalense, Porto, Portugal, p. 52. (31.08.2024). Disponível em <https://repositorio.up.pt/server/api/core/bitstreams/c26e8275-bb23-4128-9277-c6634b-8cf40c/content>.

MARQUES, Alexandra Gonçalves – A transmissão da propriedade em Portugal: a questão informacional subjacente ao registo predial. *Revista O Direito*. ISBN 9789724044996. Ano 143.º I (2011).

MENDES, Isabel Pereira – *Estudos sobre Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724019444.

QUIRÓS, Manuel Peña Bernaldo de – *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. ISBN 9788495240453, Tomo II – Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad.

SASTRE, Ramón M^a Roca [et al.] – *Derecho Hipotecario*. 9.^a ed. Barcelona: Bosch, 2008. ISBN 9788497902441.

TEIXEIRA, Madalena [et al.] – *Estudos em Homenagem a Sérgio Jacomino*. Coimbra: Gestlegal, 2022. ISBN 9789898951960.

