O DIREITO

Ano 158.º (2026), II

Diretor
JORGE MIRANDA

O DIREITO
Ano 158.º (2026), II
Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores
António Alves da Fonseca
José Luciano de Castro

Antigos Diretores
José Luciano de Castro
António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)
Fernando Martins de Carvalho
Marcello Caetano
Inocêncio Galvão Telles

Diretor
Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos
António Menezes Cordeiro
Luís Bigotte Chorão
Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial
https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão:Veloso da Cunha

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa
NIPC 513319425/506512495
Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa
Editora: Edições Almedina, SA
Avenida Emídio Navarro, 81, 3D
Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901
3000-151 Coimbra – Portugal
editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05
N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOUTRINA

Jorge Miranda
A Constituição e as Autarquias Locais 235

Luís Correia de Mendonça
Convergências processuais em tempos de ditadura: os códigos de processo civil português e brasileiro de 1939 247

Laone Lago
O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental 265

Hidemberg Alves da Frota
A jurisdição constitucional norte-africana e médio-oriental pós-Primavera Árabe: entre a independência limitada e a jurisdição expandida 295

Adolfo Oliveira Rafael
A regulação e a supervisão do Direito ao esquecimento 333

Duarte Canau
Da lesividade dos atos de fixação do VPT para efeitos da sua impugnação 371

Dário Aniceto Chicale
A Ciência do Direito e as inovações tecnológicas digitais: Breves aproximações históricas e tendências actuais 399

Matheus Oliveira Klippert
Constitucionalismo luso-brasileiro, Subsídios para o estudo de sua génese no século XIX 431

RECENSÕES

João Embaixador
Recensão crítica ao estudo *Direitos sociais, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais* de Jorge Reis Novais 457

Anisio Bernardino Tchipato Samandjata
Recensão à obra *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos decorrentes da utilização de inteligência artificial no exercício da função administrativa* de Beatriz Garcia. 465

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 471

Doutrina

A Constituição e as Autarquias Locais

Local autonomy and the Portuguese Constitution

JORGE MIRANDA

Sumário: *1. Relance histórico. 2. O poder local hoje. 3. O princípio da renovação.*

Resumo: Utilizando os conceitos de autonomia local ou de poder local, as Constituições portuguesas têm dado sempre relevo às autarquias locais. Foi assim com as Constituições liberais do século XIX e de 1911, com a Constituição autoritária de 1933 e com a Constituição democrática de 1976, nas suas sucessivas revisões. Sendo a Constituição de 1976 uma Constituição democrática, naturalmente, é dada saliência à participação dos cidadãos, à descentralização municipal e regional e ao esforço de colaboração entre as autarquias e o Estado.

Palavras-chave: autarquias locais, autonomia, descentralização, participação e eleições

Abstract: By drawing on the concepts of local autonomy or local government, Portuguese Constitutions have always placed great emphasis on local authorities. This was the case with the liberal Constitutions of the 19th century and of 1911, with the authoritarian Constitution of 1933, and with the democratic Constitution of 1976, in its successive revisions. As the 1976 Constitution is a democratic one, naturally, prominence is given to citizen participation, municipal and regional decentralisation, and efforts at collaboration between local authorities and the State.

Keywords: local authorities, autonomy, decentralisation, participation and elections

1. Relance histórico

I. Embora com antecedentes remotos no *municipium* romano e mais próximos na monarquia portuguesa, é com o constitucionalismo moderno que a figura das autarquias locais adquire expressão com diversas vicissitudes.

A sucessão de Constituições formais e o contraste dos regimes fizeram-se aqui sentir mais ou menos fortemente[1].

II. Na Constituição de 1822, o título V versava sobre o governo administrativo e económico. Dividido em dois capítulos, o primeiro respeitante à administração geral, e às "juntas da administração" e o segundo respeitante às "câmaras".

O governo económico e municipal dos concelhos residiria nas câmaras (artigo 218.º), cada uma das quais composta por vereadores, por um procurador e um escrivão, a eleger anualmente por voto direto e secreto pela assembleia municipal (artigo 220.º).

As câmaras gozavam de amplos poderes, como fazer posturas ou leis municipais, promover a agricultura, o comércio, a indústria, a saúde pública, cuidar das escolas de primeiras letras, cuidar das contribuições diretas (artigo 223.º). Em todos os lugares do reino, essas escolas, suficientemente dotadas, ensinariam à mocidade de ambos os sexos as obrigações religiosas e civis (artigo 237.º).

III. A Carta Constitucional, no título VII, da parte VII, falava em "Da Administração e Economia das Províncias", o capítulo I era relativo à "Administração" e o capítulo II relativo às "Câmaras".

A administração das províncias ficaria como até então, enquanto não fosse por lei alterada.

Em todas as cidades e vilas haveria câmaras, às quais cabiam o "governo económico e municipal" (artigo 133.º).

IV. A Constituição de 1838 dedicou um título VIII ao "governo administrativo e municipal", com apenas um capítulo.

Em cada distrito administrativo haveria um magistrado nomeado pelo Rei, uma junta eletiva, e um conselho de distrito igualmente eletivo.

Em cada concelho, uma câmara municipal também diretamente eleita pelo povo, com a administração económica do município.

V. A Constituição de 1911 passaria a referir-se a "instituições locais administrativas" (artigo 66.º), prescrevendo que:

– O poder executivo não teria ingerência na vida dos corpos administrativos;
– As deliberações dos corpos administrativos somente poderiam ser modificadas ou anuladas pelos tribunais do contencioso;

[1] Cfr. António Cândido de Oliveira, *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª edição, Coimbra, 2013, págs. 111 e segs.

– Os poderes distritais e municipais seriam divididos em deliberativo e executivo;
– O exercício do referendo verificar-se-ia nos termos que a lei determinasse.

VI. A Constituição de 1933 voltaria, entretanto, a considerar as autarquias locais no título VI da parte II (Da Organização Política do Estado), dispondo que:

– O território do Continente seria dividido em concelhos, formados de freguesias e agrupados em distritos e províncias (artigo 124.º);
– Os concelhos de Lisboa e Porto subdividir-se-iam em bairros e estes em freguesias (artigo 124.º, § 1.º);
– A divisão do território e a organização administrativa das Ilhas Adjacentes seriam reguladas por lei especial (artigo 124.º, § 2.º);
– Os corpos administrativos seriam as câmaras municipais, as juntas de freguesia e os conselhos de província (artigo 125.º);
– A vida administrativa das autarquias locais ficaria submetida a inspeção por agentes do Governo e submetida a referendo (artigo 126.º) e as deliberações modificadas ou anuladas nas formas e nos casos previstos nas leis administrativas (artigo 128.º);
– Os corpos administrativos teriam o presidente ou comissões delegadas nos termos da lei (artigo 127.º);
– As deliberações dos corpos administrativos só poderiam ser modificadas ou anuladas nos casos e pelas formas previstos nas leis administrativas (artigo 128.º);
– Os corpos administrativos só poderiam ser dissolvidos nos casos e nos termos estabelecidos nas leis administrativas, devendo as novas eleições realizar-se em prazo não superior a noventa dias (artigo 131.º).

Foi a primeira vez que normas constitucionais falariam em autarquias locais e em freguesias. Mas isso não impediu que, não houvesse, pelo carácter autoritário do regime político, verdadeiras eleições locais e que os presidentes, o vice-presidente das câmaras municipais fossem nomeados pelo Governo[2].

VII. A Lei n.º 2100, de 29 de agosto de 1959, efetuou uma revisão constitucional, cujo intuito foi substituir a eleição direta do Presidente da República por uma eleição indireta e corporativa, através de um colégio eleitoral inte-

[2] Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 8ª ed., Lisboa, 1968, Tomo I, págs. 268 a 280.

grado pelos membros da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa, pelos representantes municipais de cada distrito ou de cada província ultramarina não dividida em distritos e pelos representantes dos conselhos legislativos e dos conselhos de governo das províncias de governo geral e de governo simples, respetivamente (novo artigo 7.º da Constituição). Os municípios recebiam, assim, atribuições a nível do Estado.

VIII. Do exposto resultavam:

– O perdurar das câmaras municipais como órgãos próprios das autarquias locais;
– Um esboço, só esboço, de maior participação dos cidadãos com a previsão do referendo local em 1911 e 1933;
– Garantias de subsistência dos corpos administrativos.

IX. Finalmente, a Constituição de 1976 firmou as autarquias locais nos seus princípios fundamentais, estabelecendo:

– O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios de subsidiariedade[3], da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública (artigo 6.º, no texto atual).

Em consonância, na parte II, da Organização do poder político aparecem os princípios de participação política dos cidadãos (artigo 109.º), da separação e interdependência dos órgãos (artigo 111.º) e sobre responsabilidade de titulares de cargos políticos (artigo 117.º).

A seguir, no título VIII dessa parte, com uma epígrafe de "Poder local" (que reforça a ideia de que as autarquias locais se situam na esfera do poder político), contempla-se o princípio da descentralização administrativa (artigo 237.º), acompanhado dos poderes das autarquias locais em concorrência no plano e no orçamento (artigo 237.º, n.º 2). Assim como nas polícias municipais

[3] Cfr. em geral José Carlos Vieira de Andrade, *Supletividade do Estado e Desenvolvimento*, Lisboa, 1988; Carlos Blanco de Morais, *A Dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, págs. 77 e segs.; Maria Luísa Duarte, *A Constituição e o princípio da subsidiariedade* in *Estudos de Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, págs. 167 e segs.; Margarida Salema d'Oliveira Martins, *O Princípio da subsidiariedade em perspetiva jurídico-política*, Coimbra, 2003; Anotação *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 2ª edição, Lisboa, 2020, págs. 379 e segs.

(artigo 237.º, n.º 2), no património e nas finanças locais (artigo 238.º) e no poder regulamentar (artigo 241.º).

Em cada autarquia local, existe uma assembleia eleita, dotada de poderes deliberativos, e um órgão executivo colegial perante ela responsável (artigo 239, n.º 1). A assembleia é eleita segundo o sistema da representação proporcional (artigo 239.º, n.º 2). O órgão executivo tem por presidente o primeiro candidato da lista mais votada para a assembleia ou para o executivo.

Nas tarefas fundamentais do Estado avultam promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira (artigo 9, alínea g) – mas estas são já regiões autónomas (artigo 6.º, n.º 2) e não autarquias locais.

2. O poder local hoje

I. O poder político não se esgota, pois, nos órgãos do Estado, à roda dos quais se movem as autarquias locais a eles subordinadas. Diversamente, o poder abrange soberania, autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e poder local. É, simultaneamente, global na sua compreensão e descentralizada na sua extensão. E os três graus em que se decompõe traduzem uma ideia de separação territorial de poderes, com limitações recíprocas dos respetivos órgãos[4].

Mais rico e mais sólido do que aquele que havia sido nas autarquias locais em qualquer momento do passado, são assim formulados conjuntamente para o Estado, as regiões autónomas e as autarquias, o princípio da constitucionalidade, os princípios de Direito eleitoral (artigo 113.º, n.º 2 e segs), o princípio da competência (artigos 111.º, n.º 2 e 237.º), o princípio da colegialidade (artigo 116.º, n.º 1), o princípio da responsabilidade política, civil e criminal dos titulares de cargos políticos (artigo 117.º) e o princípio da renovação dos mesmos titulares (artigo 118.º).

II. A justificação foi dada logo nos debates constituintes[5]:

> O Sr. Jorge Miranda (PPD): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: 1. Neste debate sobre organização do poder local, importa começar por refletir sobre o seu significado quer para as populações e para as terras por onde se distribui o nosso povo,

[4] Como escreve João Baptista Machado, *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 1982. O Estado e as autarquias locais existem em regime de supra-infra-ordenação dirigido à coordenação e colaboração nacionais e locais.

[5] *Diário da Assembleia Constituinte*, págs. 3369-3371: reunião plenária de 14 de janeiro de 1976.

quer para as tarefas de consolidação da democracia social e económica em que queremos prosseguir.

A expressão "poder local" deve ser, antes de mais, saudada como traduzindo um espírito novo e promissor. Ela não constava de nenhum dos projetos de Constituição apresentados pelos partidos (salvo uma referência esparsa no projeto do MDP-CDE e sem interesse, por os órgãos do "poder local" serem aí concebidos, numa visão centralista, como órgãos locais do Estado). Foi, sim, a Comissão de Sistematização que a propôs para rubrica deste título, tendo obtido o assentimento do Plenário – o que bem prova como o confronto de diversas posições tem sido, na nossa Assembleia, não causa de retrocesso, mas de melhoria e progresso.

Com a expressão, está em consonância o artigo 6.º dos "Princípios fundamentais", segundo o qual o Estado português, unitário, se organiza de harmonia com o princípio da autonomia das autarquias ou, mais corretamente, das comunidades locais. E aqui seja-nos permitido recordar que era isso mesmo o que estava escrito no artigo 7.º, n.º 1 do projeto de Constituição do Partido Popular Democrático.

Que sentido tem, pois, falar em poder local? Para nós, tem o sentido de um poder que existe por força da Constituição e garantido pelas suas normas, ao lado do poder exercido pelos órgãos de soberania; tem o sentido de um poder que, seja qual for a forma por que se manifeste, exprime uma vida, problemas e aspirações que se não confundem com a vida, os problemas e as aspirações gerais de todo o País; tem o sentido, enfim, de um poder que, embora não afete de modo algum a soberania do Estado e a sua unidade essencial, lhe confere carácter pluralista por, na sua estrutura, dever tomar em conta comunidades locais, que não pode ignorar ou arbitrariamente dissolver, e a que correspondem atribuições e órgãos próprios.

Na conceção aceite pela Assembleia, consciente ou inconscientemente, o poder político não se esgota nos órgãos do Estado, à roda dos quais se movam autarquias locais remetidas para a mera organização administrativa. Diversamente, o poder político, para efeito de organização, como que compreende soberania e poder local, limitando se reciprocamente os órgãos de uma e de outro.

As comunidades locais adquirem, assim, eminente relevância política; e não são absorvidas pelo Estado, mas sim reconhecidas como elementos fulcrais da sua ordem constitucional.

Sr. Presidente, Srs. Deputados: 2. A democracia em Portugal depende largamente da medida em que esta Assembleia, o futuro Parlamento e o futuro Governo souberem e quiserem captar o alcance do poder local; depende da medida em que os partidos compreenderem que a democracia só poderá vingar se se apoiar em fortes instituições municipais e regionais com efetiva participação popular; depende da capacidade de resposta que os cidadãos derem nas suas terras, nas suas áreas de residência e nas suas regiões aos problemas económicos, sociais, culturais e políticos, com os meios acrescidos que o Estado lhes deverá atribuir.

Não se faz teoria quando se diz que a democracia, para ser perfeita, tem de abranger simultaneamente os dois graus, o dos órgãos de cúpula do Estado e o dos órgãos de base; não se trata de uma questão de simetria política ou constitucional.

É a própria experiência – de Portugal e dos outros países – que mostra que a democracia só é possível e duradoura quando os cidadãos efetivamente sentem que têm direta interferência na gestão das comunidades em que imediatamente se situam.

Como a liberdade, a democracia é indivisível. Ou funciona em todos os domínios da vida coletiva ou entra em crise e dificilmente subsiste. A centralização, a destruição das autonomias locais, a transformação dos órgãos locais em veículos de transmissão da ideologia e das diretivas provenientes de autoridades governamentais todas-poderosas, o apagamento das atividades da província diante da macrocefalia da capital, tudo isso só pode ter como resultado o autoritarismo, quando não a autocracia.

Pelo contrário, a descentralização, a valorização das autonomias locais e a sua adaptação aos novos tempos, a independência dos órgãos locais em relação aos órgãos centrais, o fomento regional, tudo isso é senda aberta para a liberdade e para a democracia.

Poder local apenas pode ser entendido como poder democrático exercido a nível das comunidades locais. As lições do municipalismo que, sabiamente, Alexandre Herculano, seguido pelos homens que implantaram a República, colheu, aí estão a demonstrar que os municípios só eram e só podiam ser fontes de poder na medida em que estruturados democraticamente.

Não é o conceito jurídico da separação entre a pessoa coletiva do Estado e as pessoas coletivas territoriais menores que interessa, nem que estas sejam dotadas de órgãos com competência mais ou menos ampla; o que interessa é o conceito político da livre escolha pelas comunidades locais do seu destino, da livre escolha dos seus dirigentes, da livre prossecução dos seus interesses por processos límpidos e honestos. Não basta que haja órgãos locais para gerir os assuntos locais; esses órgãos locais têm de brotar da vida local e dar expressão à vontade popular, à vontade real da comunidade.

Mas o poder local é também pedra angular da democracia social e económica, e uma das vias de realização do socialismo. Porque a democracia política é pressuposto do socialismo e porque, mais ainda, onde haja democracia política se cria a virtualidade do socialismo, definir o poder local, dar lhe condições de existência, robustecê-lo, é criar também condições para que a sociedade venha a avançar nesse sentido libertador. E a experiência de alguns países estrangeiros aí está ainda a demonstrar como o socialismo municipal, apesar de por si só incompleto e precário, pode ser uma fase muito importante de preparação das mentalidades e das estruturas para a criação de uma sociedade global em que prevaleçam a igualdade e a responsabilidade solidária de todos os seus membros.

A igualdade social – que e material e concreta, e não formal e abstrata – abrange a igualdade regional, ou seja, a igualdade efetiva de todos os cidadãos, independentemente das regiões e do lugar de residência. E esta igualdade exige a eliminação de todas ou das principais distorções entre áreas do mesmo país (distorções em matéria de investimento, de escolas, de equipamentos sociais, de postos de trabalho, etc.).

Até lá, todavia, perdurarão os conflitos (porque não há apenas conflitos de classes) entre as regiões, resultado de diferentes oportunidades materiais e culturais, de diferentes distâncias, de diferente satisfação de necessidades individuais e coletivas, de diferentes possibilidades de participação em decisões que a todos respeitam. Mas a igualdade não pode nascer da dádiva paternalista do Governo central. Tem de nascer de um esforço de promoção que só um poder local democrático estará interessado em levar a cabo.

Por outro lado, a solidariedade entre todos os portugueses, onde quer que se encontrem, terá de levar as regiões com mais recursos a acorrer às que possuam menos recursos; terá de pôr a cabo à exploração de umas pelas outras; terá de levar a estabelecer ou restabelecer o equilíbrio interno do País, fazendo reverter de Lisboa e do Porto para a província a drenagem que sofreu em população e riqueza; terá, enfim, de suscitar, entre todos os portugueses, o sentimento de que não só não pode haver renovação e progresso de umas regiões à custa das outras mas também de que a renovação e o progresso do País passam pela renovação e o progresso de todas as regiões que o integram.

Também a Constituição deve prever a interferência das organizações populares de base – nomeadamente associações de moradores – no exercício do poder local. É a nível de freguesia e concelho, e não a nível dos órgãos do Estado – a menos que se caia numa conceção neocorporativista, que a seu tempo denunciámos – que essas organizações podem obter relevância direta. Nem com isso ficam diminuídas, pois, se contribuírem para a vitalidade do poder local, projetar-se-ão no reforço do Estado democrático. Pela minha parte, desde 1969 que preconizo a institucionalização de formas de participação das populações – a partir, então, da promoção social comunitária – na gestão das autarquias locais.

Mas a Constituição não pode deixar de exigir que a lei reguladora das organizações de base estabeleça regras precisas sobre o seu âmbito de ação territorial, sobre a sua composição, sobre a eleição por voto secreto dos que as representam, sobre a sua articulação com as freguesias e os concelhos.

A Constituição deve, em segundo lugar, pautar-se por critérios de flexibilidade no tratamento das matérias do poder local. A própria noção que temos de poder local, a própria ligação que fazemos entre ele e a democracia obrigam-nos a grande flexibilidade na definição das formas de poder local, nas atribuições cometidas às correspondentes pessoas coletivas, nas relações entre elas, nos sistemas e tipos de organização.

Em vez de uniformidade, diversidade; em vez de modelo estereotipado único, possibilidade de escolha entre vários modelos; em vez de imposição, proposição por parte do poder central – quanto à existência das autarquias, quanto à delimitação das suas circunscrições, quanto à sua eventual federação ou associação, quanto ao seu estatuto orgânico.

Não podemos, naturalmente, deixar de tomar em consideração as realidades históricas – a primeira das quais é o concelho – as afinidades geográficas, as necessidades técnicas de desenvolvimento, as legítimas aspirações de acesso rápido e

igual à cultura e ao bem-estar. Devemos partir dos factos reconhecidos de todos, traçar objetivos claros, abrir pistas de transformação. Mas devemos, reciprocamente – até para não ficarmos ultrapassados pela mutação acelerada da economia e da sociedades portuguesas – ter a modéstia de fugir aos esquemas definitivos e pormenorizados. E, isso ainda, porque, sem a formação de órgãos democráticos nas autarquias não conhecemos o querer das populações – das populações que vivem mais no campo do que na cidade e que têm problemas concretos a suportar, e não ideologias abstratas a ostentar.

Vozes: – Muito bem!

O Orador: – Como exemplos de flexibilidade a seguir, parecem-nos imprescindíveis: a não redução dos órgãos municipais a um só sistema, antes a previsão de estatutos-tipo, entre os quais – atendendo à diversidade de condições do concelho para concelho – as respetivas populações possam optar; a criação pela Constituição, para além das regiões políticas dos Açores e da Madeira, não das regiões administrativas A, B ou C, mas tão só da categoria de região administrativa, e a organização das áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, como áreas urbanas. e suburbanas com características especiais, e não como regiões análogas às outras.

Sr. Presidente, Srs. Deputados: Não é nossa intenção fazer uma apologia romântica do municipalismo ou sugerir um regionalismo afastado das realidades – muito embora sem algum romantismo (chamemos-lhes bairrismo ou não) não possa haver vida local e a realidade regional não seja talvez a vista pelos olhos de lisboa, mas a vista pelos olhos da província.

Vozes: – Muito bem!

O Orador: – Não ignoramos tão pouco as dificuldades de toda a ordem com que se defrontam, de há muito, concelhos e freguesias, nem a vetustez dos seus serviços e processos de agir. Mas recusamo-nos a acreditar na incapacidade dos municípios para adotarem os modernos processos de organização e atuação. Não se trata, pois, de voltar ao passado – nem sequer ao passado anterior ao fascismo salazarista; trata-se de enfrentar o futuro, um futuro que só pode ser de liberdade, participação e igualdade.

Se existe crise nos nossos concelhos, não é apenas por razões demográficas, económicas e culturais; as causas são também de natureza política e derivam do esmagamento a que eles foram sujeitos pelos políticos, pelas polícias e pelos tecnocratas do Estado.

É por tudo isto que, se instituirmos um autêntico poder local nesta Constituição, na linha do parecer da 7ª Comissão, vencendo todos os obstáculos que subsistem, estaremos a fazer democracia, e estaremos a operar – ou a contribuir para que se opere – uma alteração radical e revolucionária na história comum e na vida quotidiana dos portugueses.

Vozes: – Muito bem!

Aplausos.

III. Idêntica aproximação vai deparar-se em diversos preceitos e institutos;

a) A previsão de domínio público tanto do Estado e das regiões autónomas como das autarquias locais (artigo 84.º, n.º 2);
b) A previsão de ação popular para defesa dos seus bens [artigo 52.º, n.º 3, alínea b)];
c) A repartição tributária [artigos 103.º, 227.º, n.º 1, alínea i), 238.º, n.ºs 2 e 3, e 254.º];
d) A outorga de poder normativo, embora, quanto ás autarquias locais, só se natureza regulamentária (artigo 241.º);
e) O dualismo de órgãos assembleia/órgão colegial executivo perante ela responsável [artigos 163.º, alíneas d) e e), 187.º e segs., 231.º e 239.º];
f) A atribuição aos partidos representados na Assembleia da República, nas Assembleias Legislativas Regionais e nas assembleias das autarquias locais e que não façam parte dos correspondentes Executivos do direito de informação, regular e diretamente, pelo Governo, pelos Governos regionais ou pelos executivos locais, sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público (artigo 114.º, n.º3);
g) A previsão de referendo nacional, de referendo regional e de referendo local (artigos 115.º, 232.º, n.º 2, e 240.º), todos dependentes de fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade do Tribunal Constitucional [artigo 223.º, n.º 1, alínea f)];
h) O sentido restritivo da tutela administrativa sobre as autarquias locais[6];
i) A extensão aos funcionários e agentes das autarquias locais do regime dos funcionários e agentes do Estado (artigo 243.º, n.º 2);
j) A reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República sobre a eleição e sobre estatuto dos titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como sobre referendo nacional, regional e local [artigos 161.º, alínea b), e 164.º, alíneas a), b), j), e l)];
k) A reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República sobre regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais [artigo 164.º, alínea r)];
l) A forma procedimental de lei orgânica quanto às leis reguladoras das eleições dos titulares dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local e quanto aos referendos (artigo 166.º, n.º 2), incluindo,

[6] Cfr. Joana Lima Xavier, *Tutela administrativa das autarquias locais*, in *Direito Administrativo das Autarquias Locais*, obra coletiva, Coimbra, 2010, págs. 198 e segs.

designadamente, veto qualificado do Presidente da República (artigo 136.º, n.º 3);

m) Na autonomia das autarquias locais com limite material de revisão constitucional [artigo 288.º, alínea n)][7].

IV. O relevo concedido pela Constituição às autarquias locais exibe-se ainda na reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República acerca do regime de criação, extinção e modificação territorial das autarquias locais [artigo 164.º, alínea n)] e na reserva relativa acerca do seu estatuto.

3. O princípio da renovação

I. Ninguém pode exercer a título vitalício qualquer cargo político de âmbito nacional, regional ou local, estipula o artigo 118.º da Constituição.

Daí o princípio da renovação como exigência qualificada da democracia contra a pessoalização e o abuso de poder, de modo a propiciar o acesso de maior número de cidadãos a cargos políticos[8].

II. O cargo de Presidente da República era o único cargo do Estado em relação ao qual a Constituição, desde 1976, prescrevia uma cláusula de não elegibilidade (artigo 123.º, n.º 1). Em 1997 acrescentou-se o de juiz do Tribunal Constitucional (artigo 222.º, n.º 3).

Por isso, até 2004 era problemático que regra análoga pudesse ser fixada, por lei, quanto a outros cargos do Estado, embora a limitação de dois mandatos constasse do estatuto do Provedor de Justiça (artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de abril).

Pelo contrário, no referente aos titulares de órgãos de regiões autónomas e das autarquias locais, justificava-se sustentar, senão a necessidade, pelo menos a possibilidade de a lei ordinária impor limites à renovação dos respetivos mandatos.

Nem se invocasse *ad adversus* estar-se a abrir caminho, assim, a restrições ao direito de eleger e ao direito de ser eleito (artigos 49.º e 50.º). E isto porque as

[7] Cfr. *Teoria da Constituição*, Coimbra, 2020, págs. 198 e segs.

[8] Cfr. Ricardo Leite Pinto, *Tradição republicana e estatuto dos políticos* (Breve nota ao artigo 118.º da Constituição da República Portuguesa), in *Francisco Salgado Zenha, Liber Amicorum*, 597-610. Coimbra, 2003, pág. 507; António Cândido de Oliveira, *O exercício consecutivo e ilimitado de cargos políticos eletivos na Constituição da República Portuguesa: o direito fundamental dos cidadãos e o princípio da renovação*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, I, Coimbra, 2012, págs. 361 e segs.

restrições se compatibilizariam bem com a norma expressa segundo a qual "no acesso a cargos eletivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e isenção e independência no exercício dos respetivos cargos" (artigo 50.º, n.º 3); e a realidade mostra quanto uma e outra (mais a primeira do que a segunda) são afetadas pela longa permanência das mesmas pessoas nos mesmos órgãos.

III. A revisão constitucional de 2004 (surpreendentemente em face dos respetivos debates) veio afetar este entendimento, diminuindo o alcance do princípio.

Com efeito, o novo n.º 2 apenas contempla a *possibilidade* de limitar à renovação sucessiva de mandatos, não a sua *obrigatoriedade*. Estes limites, em vez de logo serem definidos pela Constituição (como no artigo 123.º, n.º 1), são estabelecidos por lei.

Na sua sequência, a Lei n.º 46/2005, de 29 de agosto, viria estabelecer que o presidente de câmara municipal e o presidente de junta de freguesia só poderiam ser eleitos para três mandatos consecutivos salvo se, no momento da sua entrada em vigor, tivessem cumprido ou estivessem a cumprir, pelo menos, o terceiro mandato consecutivo, circunstância em que poderiam ser eleitos para mais um mandato consecutivo. Foi modesta demais: bem poderia ter contemplado igualmente os vereadores e os vogais das juntas de freguesia.

Estabeleceu também, por analogia com o artigo 123.º, n.º 1 da Constituição, que não poderiam assumir aquelas funções no quadriénio imediatamente subsequente ao último mandato consecutivo permitido.

Convergências processuais em tempos de ditadura: os códigos de processo civil português e brasileiro de 1939[*]

Procedural convergences in times of dictatorship: the Portuguese and Brazilian civil procedure codes of 1939

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA[**]

Resumo: Este estudo examina a convergência ideológica e legislativa entre Portugal e o Brasil através da promulgação simultânea dos seus respetivos Códigos de Processo Civil em 1939. Além da mera coincidência cronológica, este artigo sustenta que ambos os códigos reflectiram uma matriz autoritária, característica dos regimes do Estado Novo português e brasileiro. O trabalho identifica a doutrina de Franz Klein como uma influência primordial que reposicionou o juiz como um representante activo do interesse público. As conclusões demonstram que tanto Manuel Rodrigues Júnior e Alberto dos Reis, em Portugal, como Francisco Campos e Batista Martins, no Brasil, instrumentalizaram o processo civil para reforçar a autoridade do Estado, que é visto como Nação politicamente organizada, a eficiência estatal e a pacificação social. Em última análise, os Códigos de 1939 serviram como instrumentos de consolidação de uma ordem judicial disciplinada, centralizada e autoritária

Palavras-Chave: História do direito. Processo civil. Estado Novo. Publicismo processual. Direito comparado.

Abstract: This study examines the ideological and legislative convergence between Portugal and Brazil through the simultaneous enactment of their respective Civil Procedure Codes in 1939. Beyond mere chronological coincidence, this article argues that both statutes reflected a shared authoritarian matrix characteristic of

[*] Comunicação feita no dia 9 de Abril de 2026, por via remota, no Encontro Anual da Associação Brasileira de Direito Processual.

[**] Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.
https://orcid.org/0009-0008-1298-2909

the Portuguese and Brazilian *Estado Novo* regimes. By analyzing the transition from liberal procedural individualism to «procedural publicism», the research identifies the doctrine of Franz Klein as a primary technical influence that repositioned the judge as a proactive representative of the public interest. The findings demonstrate that both Manuel Rodrigues Júnior e Alberto dos Reis in Portugal and Francisco Campos e Batista Martins in Brazil instrumentalized legal procedure to enhance state efficiency and social pacification. Ultimately, the 1939 Codes served as symbolic showcases of modernization, aimed at replacing parliamentary "chaos" with a disciplined, centralized, and authoritative judicial order.

Keywords: Legal History, Civil Procedure, Estado Novo, Procedural Publicism, Comparative Law.

1. Há mesmo reciprocidade entre Brasil e Portugal, nos bons e maus momentos, umas vezes com sinais trocados, outras com idêntico sinal.

Ilustram este segundo caso, os Códigos de Processo Civil que ambos os países aprovaram em 1939: em Portugal, pelo Decreto-lei n.º 29.637, simbolicamente datado de 28 de Maio, 13.º ano da chamada «revolução nacional»; no Brasil, pelo Decreto n.º1.608, de 18 de Setembro.

A elaboração e a aprovação desses dois diplomas só foi possível com o clima político criado pelos novos regimes instaurados em ambos os Estados, sob a governação de António Oliveira Salazar (1889-1970) e Getúlio Dorneles Vargas (1882-1954), respectivamente.

A escolha de um modelo processual é uma escolha política, e existe uma estreita relação entre forma de Estado e modelo do processo.

Sem essa conexão não se explica a aparente coincidência de aqueles dois diplomas terem sido produto, no mesmo ano, do mesmo tipo de Estado, em ambos os países designado por Estado Novo[1].

Em Portugal esta designação aplica-se a todo o período desde a Constituição política de 1933 até à revolução de 25 de Abril de 1974; no Brasil, ao período de 1937 até 1945.

O Estado Novo de Salazar tem sido ultimamente analisado como uma terceira via autoritária na era do fascismo, sem se poder identificar nem com o fascismo italiano nem com o nacional-socialismo alemão: «o modelo salazarista esteve principalmente associado à difusão do corporativismo como alternativa

[1] Pondo, porém, em destaque, as características distintivas no processo de constituição do Estado Novo, em Portugal e no Brasil, Leonardo Prota, «Estado Novo no Brasil e em Portugal – características distintivas», *Revista de Estudos Filosóficos, n.º 3/2009*, versão electrónica, 167-176.

à democracia liberal em termos de representação política e social e foi neste processo que emergiu como referência»[2].

Tal como o salazarismo, as elites do Estado Novo brasileiro perfilham ideias autoritárias, corporativas e católicas similares, igual repúdio pelo parlamentarismo, pelo pluripartidarismo e pelo comunismo e idêntica defesa e consolidação de um Estado forte. Porém, costuma apontar-se como traço distintivo da experiência brasileira uma maior preocupação social da ditadura de Vargas e uma abertura ao investimento e capitais estrangeiros, inexistente na política económica de Salazar[3].

A concepção de um Estado forte que reivindica para si, plenamente, a organização política da Nação e uma concepção totalitária da vida, só dificilmente quadra com a estrutura de um processo no qual o juiz, a quem esse Estado confia a realização do direito objectivo, não tem um papel central.

2. Deste aspecto tratarei melhor adiante. Agora, importa lembrar que, mesmo em contexto político favorável, a feitura de ambos os códigos não teria sido possível sem dois *tandens*: a nível político, Manuel Rodrigues Júnior (1889-1946)[4] e Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968)[5]; a nível técnico, José Alberto dos Reis (1875-1955)[6] e Pedro Batista Martins (1895-1950).

[2] António Costa Pinto (coord.), *O Estado Novo de Salazar*, *Uma terceira via autoritária na era do fascismo*, Edições 70, Lisboa, 2022:21.

[3] Paula Marques Santos e Diogo Fernandes, «As relações Portugal-Brasil e a emigração portuguesa:o impacto da legislação nacionalista de Getúlio Vargas», *História, Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, IV série, Vol. 7 (2017):35-56; Luciano Aronne de Abreu e Gabriel Duarte Costaguta, «Debates intelectuais do corporativismo de matriz católica no Brasil dos anos trinta», António Costa Pinto, op.cit:221-238.

[4] Não existe qualquer obra biográfica editada sobre Manuel Rodrigues Júnior. Deste género apenas conheço um artigo, de Rui Pedro Moreira Lopes, publicado no número 2 da Revista *Zahara*, que constitui uma síntese de uma tese de licenciatura, sob o título «Rodrigues Júnior: o homem e a sua obra». Cfr, porém, *Justiça Portuguesa,* 77 (1940), Antunes Varela, «Discurso proferido em 13 de Julho de 1958, no acto de inauguração do monumento ao Prof. Manuel Rodrigues, em Bemposta», Boletim do Ministério da Justiça, 79 (1958):5-13, Marcello Caetano, *Minhas Memórias de Salazar*, 3.ª ed., Verbo, Lisboa, 1977:19,29,30, «Rodrigues Júnior, Manuel», sob dir. Fernando Rosas e J.M. Brandão de Brito, *Dicionário de História do Estado Novo*, vol. II, Bertrand Editora, Venda Nova, 1996:853.

[5] A vida e obra de Francisco Campos foi objecto da investigação de Matheus Guarino Sant´Anna Lima de Almeida, *Toda Instituição é a sombra de um homem»: Direito, Ideologia e Estado Nacional na obra de Francisco Campos*, Faculdade Fluminense, Niterói, 2021: 56 ss.

[6] Biografado por mim: Luís Correia de Mendonça, *José Alberto dos Reis, A construção do direito processual civil, Do processo liberal à revolução processual de 1926*, Quid Juris, Lisboa, 2025.

Manuel Rodrigues Júnior foi um brilhante aluno, tendo concluído a licenciatura com a nota excepcional de 20 valores[7]. Doutorou-se em Coimbra, em 1921, com a tese *A indústria mineira em Portugal: estudo económico jurídico* e assumiu a cátedra em 1924. O seu nome está ligado, na literatura jurídica, à monografia *A Posse, Estudo de direito civil português* (1924).

Em 1926, após o golpe de 28 de Maio, que instituiu a ditadura militar, foi convidado para a pasta da Justiça e dos Cultos.

Tomou posse, no dia 3 de Junho de 1926. Permaneceu à frente do Ministério até 11 de Abril de 1928. Durante este primeiro período, levou a cabo, entre muitas outras, a reforma do processo civil e comercial (decreto n.º 12.353, de 22 de setembro de 1926), a partir de um trabalho de José Alberto dos Reis, professor de processo da Faculdade de Direito de Coimbra.

Demitiu-se em 11 de abril de 1928, por discordar da aprovação do artigo 430.º do Código de Registo Civil, que faz depender, sob pena de multa e sanção criminal, a realização de um acto de baptismo, casamento ou funeral religioso, da apresentação de certidão comprovativa de se haver efectuado o competente acto de registo civil.

Em 1932, voltou ao governo, à mesma pasta da justiça e dos cultos, onde se manteve por oito anos.

A ele se deve um conjunto de reformas estruturais que marcou uma época, ainda com sinais bem visíveis no actual ordenamento, e que contribuíram significativamente para a consolidação, quer da «Ditadura Militar» quer do «Estado Novo».

Chegou a ser considerado «um dos mais talentosos jurisconsultos portugueses», «o legislador da Situação», «o pensamento do Governo [da Ditadura Militar] em pessoa».

Foi procurador à Câmara Corporativa, membro da União Nacional (que fez as vezes de partido único), do Conselho Político Nacional e do Conselho de Estado.

Foi afastado do Governo pelo ditador, em 1940, na sequência de num artigo de o jornal *O Século* – «O homem que passou» –, ter sugerido que o tempo de Salazar no governo se tinha esgotado.

[7] Conta Antunes Varela um curioso episódio a propósito desta classificação. Quando o júri se reuniu para deliberar acerca da nota a atribuir à prova oral de Manuel Rodrigues, um dos membros, interpretando o pensamento unânime dos colegas, teve este comentário: «se a nota de 20 valores não existe apenas no limbo das possibilidades legais e se destina a ser efectivamente concedida, não pode ser recusada a este aluno», «Discurso proferido em 13 de Julho de 1958, no acto de inauguração do monumento ao Prof. Manuel Rodrigues, em Bemposta», BMJ citado: 8-9.

Embora fiel ao regime e amigo pessoal de Salazar, José Alberto dos Reis era uma pessoa diferente, em formação, estilo e em saber. Ainda que pertencendo ao mesmo espaço político, era menos radical do que o ministro.

A comparação entre os papéis de Manuel Rodrigues Júnior e de José Alberto dos Reis, na elaboração do Código de Processo Civil de 1939, traduz uma certa dinâmica entre o poder político-legislativo e o saber académico-doutrinário.

O papel de Rodrigues Júnior foi a de um construtor político do sistema: foi o de garantir que o Código de Processo Civil de 1939 não fosse apenas um livro de regras, mas uma ferramenta de reforma do Estado, foi, como disse Antunes Varela, também ele ministro da justiça de Salazar, «o símbolo da nova Ordem, nas coisas da Justiça»[8].

Como ministro e presidente da comissão revisora, Rodrigues Júnior detinha o poder de decisão final, era ele quem decidia que direção política a reforma deveria tomar tendo, inclusive, retomado, não raras vezes, algumas das ideias rejeitadas pelas comissões revisoras.

Dominando a técnica processual como ninguém, o papel de José Alberto dos Reis foi essencialmente o de traduzir as orientações políticas e sociais do regime em artigos de lei.

Enquanto Rodrigues Júnior geria os aspectos políticos dos trabalhos, Alberto dos Reis geria a doutrina.

Por isso que, nas faculdades de Direito e nos tribunais, o nome de Alberto dos Reis é o mais citado: ele é, para todos os efeitos, o «pai» intelectual do código de 1939.

O relacionamento entre Francisco Campos e Baptista Martins tem um certo paralelismo com o *tandem* lusitano.

O relacionamento é do mesmo tipo: Francisco Campos no campo político; Batista Martins no domínio mais técnico.

Francisco Campos foi jurista, político e um dos principais ideólogos do autoritarismo no Brasil.

Matriculou-se, em 1910, na Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte, e, concluído o curso, em 1914, estabeleceu-se como advogado. Em 1916 concorreu ao lugar de professor, nessa faculdade, em diversas disciplinas (economia política, filosofia do direito, ciência das finanças e direito administrativo), e, apesar de ter ficado em primeiro lugar, foi preterido a favor de outro candidato (Gudesteu Pires) e só em 1917 assumiu a cadeira de Direito Público e Constitucional, disciplina que leccionou sucessiva e intermitentemente com a de filosofia de direito, até 1932, a qual acabou por ser a da sua cátedra.

[8] Discurso, op. cit:12.

Foi «companheiro de viagem» de Getúlio Vargas, na chamada Revolução de 1930, tendo ulteriormente exercido importantes cargos, designadamente, no primeiro governo, como titular da pasta de Educação e Saúde Pública, até 1932, e depois, como Ministro da Justiça, até 1942.

É autor de importantes instrumentos legislativos do regime, tendo elaborado sozinho a *Constituição de 1937* (conhecida como Polaca, dada a sua inspiração no modelo autoritário polaco, instaurado por Pilsudski), marcada por características corporativistas, e pela preeminência do poder central sobre os Estados e do poder executivo sobre o legislativo e o judiciário[9]. Em 1964, colaborou na redacção do *Acto Institucional n.º* 1, que deu início ao período ditatorial pós-64.

Pedro Batista Martins, por sua vez, tirou o bacharelato na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, em 1918. Apresentou uma tese, nessa mesma escola, para preenchimento de uma vaga de professor catedrático de direito civil, intitulada *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*.

Apesar de ter colaborado com o varguismo, assinou, em 1943, o manifesto «Ao Povo Mineiro», que concitava «os mineiros a que se unam a fim de que, na federação e na democracia, possam todos os brasileiros viver em liberdades uma vida digna, respeitados e estimados pelos povos irmãos da América e de todo o Mundo». Foi o autor do anteprojecto do código de processo civil e comercial de 1939.

Relembrem-se os factos: o ministro da justiça criou uma comissão para elaboração de um código de processo civil, composta por 3 desembargadores (Álvaro Berford, Goulart de Oliveira e Edgard Costa) e 3 advogados (Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins).

Como a comissão não produziu trabalho útil, em tempo razoável, este último apresentou um anteprojecto feito exclusivamente por si, que foi objecto de revisão pessoal do próprio Francisco Campos, assessorado pelo magistrado Guilherme Estellita e pelo professor Abgar Renault.

[9] Na Constituição de 1937 o chefe da nação exercia o poder supremo; o poder legislativo foi dissolvido; o chefe do governo legislava por meio de decretos-leis, todos os estados ficaram sujeitos a uma ampla intervenção do poder federal; a justiça federal foi extinta e o poder judiciário passou a ser integrado tão só pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juízes e tribunais dos estados e do Distrito federal e de juízes militares; as liberdades de associação, de reunião e de expressão foram drasticamente restringidas; o artigo 122, 17, abriu as portas do Tribunal de Segurança Nacional (Carlos Fernando Mathias, *História do Direito Luso-Brasileiro*, Almedina, Coimbra, 2024:459).

O ministro fez anexar ao anteprojecto uma exposição de motivos justificativa da reforma, ligando-a a um projecto de Estado autoritário e a uma visão publicista do processo[10].

3. Há uma conexão, não necessária, mas tendencial e empiricamente comprovada, entre a ideologia do legislador e o modelo processual adoptado.

Acresce que a feitura de um código pressupõe a existência de juristas tecnicamente capazes, que convirjam nas soluções técnicas a adoptar.

Os códigos de 1939, de ambos os países, constituem um bom exemplo disso.

No caso português, Manuel Rodrigues Junior manifestava a preferência por um modelo de *Estado com uma concepção totalitária da vida*, modelo que considerava ser o modelo do Estado Português, e olhava para o processo como um mecanismo de integração da ordem jurídica: «se ao Estado compete, pelos seus órgãos, defender a ordem jurídica, a ele incumbe intervir quando é postergado um direito. Aproveitou o Estado o protesto individual como forma de conhecimento da infracção em juízo, mas, essa faculdade de protestar deixou de ser considerada um direito privado para ser considerada um direito público e a relação processual a que a acção dá origem uma relação jurídica de direito público. Uma vez integrada a relação processual no direito público o domínio das partes sobre ela atenuou-se.

Chamado o Estado a realizar a justiça é intuitivo que deve intervir para efectivar a verdadeira justiça, porque só esta realiza a paz social devendo, consequentemente, aproximar-se a justiça formal da justiça real, mesmo quando um dos litigantes não esteja em condições de o fazer por si. Este objectivo só pode atingir-se pela concessão ao juiz de largos poderes sobre as formalidades processuais e sobre a instrução do processo. Esta é a orientação do direito processual moderno, que inteiramente o afasta da base individualista para lhe dar uma base social»[11].

Quanto àquela concessão dos poderes ao juiz, num discurso que pronunciou em 6 de Maio de 1934, por ocasião da inauguração do Palácio de Justiça de Coimbra, Rodrigues Júnior explicou que na base de todas as reformas que empreendeu está a exaltação do julgador «porque o órgão fundamental da jus-

[10] Matheus Quirino Sant´Anna Lima de Almeida, «Francisco Campos e o CPC de 1939. Uma perspectiva histórica do Direito Processual», *Entre o Local e o Global*, *Anais do XVII Encontro de História de Anpuh-Rio de Janeiro*, 2016:1-12 e *O Processo Civil no Estado Nacional: Apontamento para uma interpretação política da reforma processual a partir da obra de Francisco Campos*, trabalho de conclusão do bacharelato em Direito, Faculdade Fluminense, Niterói, 2017.

[11] Op. cit.: 90.

tiça é o julgador»; «o juiz é quem dirige o processo e quem julga – e o julgamento é o fim da Justiça»; «o juiz realiza a Paz pública, evitando que ela seja perturbada ou que o possa ser»; «o juiz não é somente um órgão da autoridade – é um mestre e um educador -disse Reichert Presidente do Supremo Tribunal Alemão»[12]; «porque é autoridade, ele imobiliza atitudes desordenadas, porque é mestre, define as direcções de actividades em litígio, e, porque é educador, há-de fazê-lo convencendo não só as inteligências mas também os corações»[13].

José Alberto dos Reis partilhava, no essencial, estas ideias, e a ele se deve a construção do direito processual civil, de acordo com o modelo social, ou melhor publicístico, da ZPO austríaca de Franz Klein[14].

É por isso compreensível que no que tange ao princípio da *autoridade* e *actividade do juiz* o Código esteja «elaborado sobre a base de que é o juiz quem dirige real e efectivamente todo o movimento do processo; e para exercer esta direcção e este comando, foi investido dos poderes necessários»[15].

De entre esses poderes refira-se o *poder de promoção,* de ordenar oficiosamente o que for necessário para o seguimento do processo (artigos 264.º e 266.º); o *poder de instrução,* de determinar as diligências e actos necessários para o descobrimento da verdade (artigo 265.º, n.º 3); o *poder de disciplina* de recusar o que for impertinente ou meramente dilatório (artigo 266.º).

Não se esgotam aqui os casos em que o código confere poderes oficiosos ao juiz. Se os houvéssemos de citar a todos, como adverte Alberto dos Reis, «seria um nunca mais acabar»[16].

Mesmo assim, aluda-se à faculdade de o juiz, por sua iniciativa, suspender a instância (artigo 284.º), à de fixar o valor da causa em montante diferente do acordado pelas partes (artigo 319.º), à de não suspender uma deliberação social contrária à lei ou aos estatutos, se no seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderá advir da execução (artigo 404.º), à de fazer depender o arresto e embargos de obra nova da prestação de caução (artigos 411.º e 424.º) e ainda aos poderes de requisitar informações ou documentos a organismos oficiais, às partes ou a terceiros (artigo 535.º, n.º 1), de ordenar oficiosamente a realização de segunda perícia (artigo 589.º, n.º 2),

[12] Georg Richard Reichert foi um magistrado que serviu como Presidente do Supremo Tribunal da Alemanha (*Reichsgericht*), no início dos anos 30.

[13] As ideias sobre os problemas sociais e sobre a justiça de Manuel Rodrigues Júnior constam principalmente de dois livros, *A Justiça no Estado Novo*, Empreza Juridica Editora, Lisboa, 1933 e *Problemas Sociais (Questões Políticas)*, Edições «Ática», Lisboa, 1943.

[14] José Alberto dos Reis, *A construção do direito processual civil*, op. cit

[15] Op. cit :166.

[16] *Ibidem*.

de, por sua iniciativa, realizar a inspecção judicial (artigo 612.º, n.º 1), de inquirir as testemunhas no local da questão (artigo 622.º), de ordenar a notificação, para depor, de testemunha não arrolada (artigo 645.º, n.º 1), de, encerrada a discussão, ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências necessárias para o seu esclarecimento (artigo 653.º, n.º 1), etc.

No caso do Brasil, Pedro Batista Martins esclarece que o mais importante do novo regime processual é «a restauração do princípio da autoridade no processo»[17].

Para Pedro Batista Martins, no princípio *jura novit curia* está implicitamente contido o poder discricionário do juiz, sendo que «o autoritarismo judiciário é uma necessidade inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quadram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas»; «o juiz (…) é em verdade «o homem na rua» -*the man in the street*- e as suas funções de nenhum modo o imunizam contra as acções e reacções do meio social»; «se me perguntassem como conciliar as exigências de ordem social com os receios dos que combatem a indeterminação dos poderes do juiz eu não hesitaria em indicar a solução: todo o poder ao juiz, mas condicionando o seu exercício ao dever de motivação dos despachos»[18].

Não admira que estas ideias sejam retomadas na Exposição de Motivos que precede o Código, do punho de Francisco Campos[19], donde se infere que as características dominantes do novo sistema processual brasileiro são o cunho eminentemente popular de que se reveste, por um lado, e a substituição da concepção duelística pela concepção autoritária, por outro, isto é, um processo organizado em volta do conceito do *juiz forte e activo*.

Lê-se naquela Exposição que «o primeiro traço de relevo na reforma de processo haveria pois de ser a função que se atribui ao juiz. A direcção do processo deve caber ao juiz; a ele não compete apenas zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objectivo de investigação dos factos e descoberta da verdade»; «o juiz é o Estado ministrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de factos»; «não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça; este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é na pessoa do juiz que um tal interesse se representa e personifica».

[17] Pedro Batista Martins, "Em defesa do Ante-projecto do Código do Processo Civil (Brasileiro)", *Jornal do Foro*, Ano 3, n.ºs 46,47 e 48, 1939:174.

[18] Op. cit:174/175.

[19] A Exposição de motivos encontra-se em "Código de Processo Civil Brasileiro", *A Vida Judiciária*, Ano 1.º (1939), n.º 18:292 ss.

Estas ideias são o corolário de um pensamento que costuma sintetizar-se nos seguintes traços:

i) uma visão da sociedade como vivendo em descompasso espiritual com o seu tempo, apegada que estava aos valores do passado ;
ii) a caracterização da sociedade do seu tempo como de massas e incompatível com a democracia liberal;
iii) a defesa de um Estado forte como condutor da Nação;
iv) uma visão elitista da governação[20].

Francisco Campos não teve dúvidas em afirmar que a nova sistemática do Código de 39 era uma opção de ordem política, consequência necessária do regime instaurado e definido na Constituição e que esse Código exprimia uma «tendência vital» do regime[21].

4. José Alberto dos Reis, num artigo de 1940, precisamente intitulado «Código de processo Civil brasileiro», começa por salientar que «o novo código marca uma data memorável na evolução do direito brasileiro, para substituir ao regime da *pluralidade* o da *unidade* da lei processual»[22], para depois analisar a índole, a orientação e as características da nova lei processual brasileira, a partir do Relatório de Francisco Campos, que interpreta, critica e compara com as soluções do código português[23].

Alberto dos Reis sublinha os seguintes traços[24]:

[20] Paulo Bonavides, «Francisco Campos – O Antiliberal», *Francisco Campos, Discursos Parlamentares*, Brasília, 1979; Marcello Ciotola, «O pensamento autoritário de Francisco Campos». *Direito, Estado e Sociedade,* 37 (2010):80-112 e Matheus Lima de Almeida, «*Toda Instituição...*», op. cit., passim. O pensamento de Francisco Campos capta-se essencialmente das seguintes obras: *A doutrina da população* (1916), *Natureza jurídica da função pública* (1917), *Pela civilização mineira* (1930), *O Estado Nacional* (1940) e *Educação e cultura* (1940).

[21] Francisco Campos, «A Reforma do Processo Civil», *Processo Oral*, Rio de Janeiro, 1940:188.

[22] José Alberto dos Reis, «Código de processo civil brasileiro», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol XVII, 1940-1941: 135.

[23] Igor Raatz analisa as disposições do código brasileiro de 1939 e seus contornos doutrinais, em *A reconstrução do processo civil no estado democrático de direito: possibilidades a partir da teoria do Direito, do Estado e da Constituição*, Unisinos, São Leopoldo, 2011: 59 ss.

[24] A exposição de motivos de Francisco Campos foi publicada, em Portugal, na revista *A Vida Judiciária*, ano 1. (1939):292-300, sob o título «Código de Processo Civil Brasileiro», por transcrição da Revista de Crítica Judiciária do Rio de Janeiro, com a seguinte nota explicativa: «Por uma curiosa coincidência vai-se também publicar um novo Código de Processo Civil na República Brasileira. Achamos de flagrante oportunidade a publicação da exposição de motivos apresentada pelo Ministro

a) o processo antigo tinha carácter *aristocrático*, porque instrumento das classes privilegiadas, ao passo que o novo tem feição *popular,* porque é património de todos[25];
b) a questão do sistema não é uma questão a ser realizada pelos técnicos, mas é antes uma questão política, dependendo do lugar que o Estado reserva à administração da justiça na ordem dos valores e interesses;
c) o processo civil brasileiro está organizado em volta do conceito de juiz *forte* e *activo,* o que se manifesta:
   i) na cláusula geral de direcção do processo pelo juiz, do artigo 112.º: o juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados;
   ii) na atribuição ao juiz de largos poderes de *instrução da causa,* na produção das provas, tais como no poder de ordenar *ex officio* as diligências necessárias à instrução do processo e de indeferir as inúteis em relação ao seu objecto ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios (artigo 117.º); no poder o juiz ouvir terceiro, a quem as partes ou testemunhas tenham feito referência como sabedores de factos ou circunstâncias que influam na decisão da causa, ou ordenar que exiba documento que a ela interesse (artigo 210.º); no poder de *ex officio* ou a requerimento, requisitar a repartições públicas ou estabelecimentos de carácter público as certidões necessárias a prova das alegações das partes (artigo 224.º); em competir ao juiz a inquirição das testemunhas das partes (artigos 246.º e 229.º); em poder o juiz, na audiência de instrução, a requerimento ou *ex officio,* acarear umas testemunhas com outras, ou com as partes, e determinar a comparência das referidas (artigo 248.º); em os exames periciais serem feitos por um único perito, de livre escolha do juiz (artigo 129.º); em o juiz poder e dever negar a perícia quando o facto depender do testemunho comum e não do juízo especial dos técnicos, quando seja desnecessária à vista das provas e quando a verificação for impraticável, em razão da natureza transitória do facto (artigo 225.º); em poder formular os quesitos necessários e dever rejeitar os impertinentes (artigo 254.º, § único);
   iii) em as testemunhas e os peritos, sujeitos ao dever de dizer e investigar a verdade, passarem a ser testemunhas do tribunal e não das partes;

da Justiça daquele país notável jurista Sr. Dr. Francisco Campos, com data de 24 de Julho de 1939, acompanhando o respectivo projecto que foi submetido à sanção do Sr. Presidente da República».

[25] O processo antigo era, como se sabe, o do Livro III das Ordenações Filipinas, com as alterações operadas pelo chamado Regulamento 747 de 1850 sobre processo comercial tornado extensivo ao processo civil pelo Decreto n.º 763. de 19 de Setembro de 1890.

iv) no dever de o juiz ordenar a citação de terceiros para integração oficiosa da contestação (artigo 91.º);
v) no poder de o juiz combater a simulação processual (artigo 115.º);
vi) no poder de o juiz ordenar a cumulação de acções conexas bem como o desmembramento de acções cumuladas (artigo 116.º);
vii) na atribuição ao juiz de amplos poderes na *avaliação das provas,* o que se revela na consagração do sistema da prova livre (artigo 118.º);
viii) no conhecimento oficioso dos factos não alegados pelas partes (artigo 118.º:na apreciação das provas, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pela parte*);
ix) nos poderes quase discricionários em matéria de nulidades, restringidas ao mínimo, quando os actos já não possam ser repetidos ou sanadas as irregularidades e as nulidades possam afectar os direitos substanciais das partes (artigos 273.º a 279.º).

d) o código de processo civil brasileiro prevê, tal como o português, mas de alcance mais limitado, dois despachos tendentes a impedir que uma acção possa prosseguir com irregularidades que lhe comprometam o êxito: o *despacho liminar* (artigo 160.º) e o *despacho saneador (artigo* 294.º);
e) o processo civil brasileiro, tal como o português, deu acolhimento a um tipo de *processo oral* e *concentrado*, mas sem haver, como no sistema português, relatório oral da causa no inicio da audiência final, e sem se separar o julgamento de facto do julgamento de direito, inexistindo questionário a circunscrever a matéria de facto sobre que há-de recair a instrução e a discussão;
f) consequentemente, o recurso de apelação compreende a matéria de facto e de direito e há registo escrito dos depoimentos (artigos 821.º, 2, 824.º e 247.º);
g) há, ao contrário do processo português, parcimónia na regulação do uso da palavra, na discussão oral da causa (artigo 875.º);
h) a sentença é proferida em audiência ou em espaço curto;
i) também em contraste com o código português, inexiste, em princípio, recurso contra as decisões interlocutórias; admitindo-se, porém, recurso de agravo das decisões processuais que afectem profundamente a posição das partes e «impeçam o triunfo da verdade e da justiça».

Alberto dos Reis termina o texto com a descrição, em breves tópicos, do sistema recursivo brasileiro e compara a sistematização de ambos os códigos de 39, o português, com 4 livros, *minucioso* a desandar no *prolixo*, o brasileiro, dividido em 10 livros, *conciso* a descambar no *lacónico*.

Conclui, com indisfarçado despeito, que o reformador brasileiro, apesar da influência do processo português, só teve olhos para publicistas norte-americanos (Taft, Elihu Root, Roscoe Pound, Suderland e sobretudo W.F. Willoughbi).

5. José Alberto dos Reis estava naturalmente de acordo com um sistema construído a partir da centralidade de um juiz forte, activo e informado.

No entanto, discordava da visão político-processual de Francisco Campos, que é a do ministro fascista Arrigo Solmi (1873-1944).

Ao criticar Solmi, Alberto dos Reis estava também a criticar por tabela o seu ministro da justiça, Rodrigues Júnior.

Vejamos.

Arrigo Solmi é conhecido como historiador de direito e como Ministro dos Cultos e da Justiça de Mussolini.

Na primeira vertente, costuma destacar-se a obra *Storia del diritto italiano,* publicada em 1908, e a sua fama como medievalista.

Para a processualística, tem sobretudo interesse o seu desempenho como reformador do direito

Homem de confiança do ditador, o qual, «para o cargo de ministro da justiça pensou sempre em personagens da cultura robusta capazes de construir e de confrontar-se com o complexo mundo da ciência jurídica»[26], Solmi foi convidado, em 1935, para o governo, pasta que ocupou até 1939.

De acordo com Italo Birocchi, são três os sectores onde Solmi deixou traços significativos:

i) O abandono do projecto italo-francês sobre as obrigações e o revigoramento dos trabalhos sobre o *codice civile*.
ii) Em segundo lugar, a aprovação de leis racistas, nas quais verte as teses aberrantes sobre a pureza da raça[27].
iii) Em terceiro lugar, o projecto do *codice di procedura civile*[28].

[26] Italo Birocchi, «Arrigo Solmi», *Dizionario biografico degli italiani*, Vol. 93 (2018), Enciclopedia Treccani *on line*.

[27] *Sobre* estas leis, iniciadas com a instituição, por Mussolini, em 1 de Junho de 1938, de uma «Comissão para a preparação de providências legislativas relativas à defesa da raça italiana e à disciplina dos judeus residentes em Itália», seguida por numerosos textos legislativos, de entre os quais, o Decreto n.º 1779, de 15 de novembro de 1938, sobre a exclusão dos judeus das escolas e o decreto-lei «para a defesa da raça italiana», Mario Losano, *Dalle leggi razziali del fascismo alle amnistie posbelliche: 1938-1953*, Mimesis, Milano, 2022.

[28] *Ibidem*.

Este projecto, a cargo de uma comissão onde pontuava Enrico Redenti, é um texto que faz actuar plenamente a ideia de o juiz ser o «*padrone della causa*»: foi previsto o juiz monocrático, concedeu-se ao juiz o poder de dispor de provas de ofício e de convocar as partes não só para as tentar conciliar, mas também para as interrogar livremente; foi imposto às partes a obrigação de dizer a verdade, foram excluídos os nova na apelação e abolido o controlo da Cassação sobre a motivação das decisões e até suprimidas as acções civis contra os juízes. Em suma, como diz Franco Cipriani, «era o triunfo do autoritarismo processual»[29].

Solmi editou, em 1937, um conjunto de escritos que explicam os critérios orientadores de uma reforma com «carácter eminentemente político»[30].

Nesse texto anuncia-se que: «a Itália fascista terá em breve o seu código de processo civil»[31], a justiça é para o Duce a expressão primordial do novo Estado[32], e, por conseguinte, para o Estado fascista ela é «o primeiro dos deveres para com o povo»[33]; o novo processo aproxima a justiça do povo, estando despojado «das pretensões doutrinais e das formas herméticas, de que se revestiu»[34]; «o aumento dos poderes do juiz é feito para tornar possível, num regime autoritário, a faculdade de desmascarar a chicana, para encurtar as delongas»[35] e para atingir a verdade e a justiça[36]

Acontece que, em Junho de 1939, quando o projecto definitivo Solmi estava pronto para se tornar código, Mussolini substituiu o ministro por Dino Grandi, reabrindo o jogo.

Francisco Campos colheu, no pensamento de Solmi sobre o processo, inspiração na feitura do Código de 1939.

Na exposição de motivos, Francisco Campos explica que a questão mais importante com que se debateu foi a do sistema a adoptar no projecto[37].

Depois de muito meditar, diz, concluiu que a opção só poderia ser por um processo *civil popular, oral e concentrado*.

José Alberto dos Reis não tem a menor dúvida em registar que o pensamento de Francisco Campos se encontra com o pensamento do ministro da Justiça na Itália, designadamente quando este afirma que «a concepção *indi-*

[29] Franco Cipriani, *Scritti in Onore dei Patres, Giuffré, Milano, 2006: 360/361.*

[30] Arrigo Solmi, *La riforma del codice di procedura civile, Discorsi, conferenza e interviste com prefazione e indice*, Soc. Ed. Foro Italiano, Roma, 1937: 5.

[31] *Ibidem*: 45.

[32] *Ibidem*: 75.

[33] *Ibidem*: 76.

[34] *Ibidem*: 18.

[35] *Ibidem*: 39.

[36] *Ibidem*: 18.

[37] «Código de Processo Civil Brasileiro», *A Vida Judiciária*, op. cit: 297.

vidualista do processo era própria dos Estados demo liberais; a nova concepção *autoritária* é uma consequência das ideias políticas que estão na base do fascismo»[38].

Ora o professor de Coimbra demarca-se desta opinião: «que a chamada concepção autoritária do processo tenha encontrado nos regimes políticos de modelo ou tendência fascista um clima favorável e propício, bem se compreende, mas que essa concepção derive directamente da construção do Estado totalitário, que seja um corolário das ideias políticas sobre que assenta o fascismo, eis o que não podemos aceitar.

A concepção autoritária do processo tem a sua expressão mais perfeita na figura do *juiz forte e activo,* mas este tipo de magistrado não é criação do fascismo e nada tem que ver com as ideias fundamentais deste regime político. Do conceito de acção como um direito autónomo e distinto do direito material e da construção da relação jurídica processual como uma relação de carácter acentuadamente público é que surgiu a figura do juiz forte e activo; e tudo isto é muito anterior ao aparecimento do Estado fascista»[39].

Sendo assim, José Alberto dos Reis entende mais adequado traduzir a característica dominante do sistema processual brasileiro – o apontado carácter eminentemente *popular* –, pela ideia de um «Código de processo civil, orientado pela *concepção autoritária, isto é,* organizado em volta do conceito do *juiz forte e activo*»[40].

6. A opinião de Alberto dos Reis, quanto ao carácter do Código brasileiro, não pode passar sem crítica.

A figura da relação jurídica processual é, como se sabe, de origem pandectística e resulta da transposição para o processo de categoria que os civilistas alemães elaboraram ao construírem a teoria do negócio jurídico[41].

Pretendeu ver-se no processo «uma relação jurídica, *autónoma da substancial,* que se instaura quando um sujeito dirige ao órgão jurisdicional um pedido de tutela (e naturalmente de tutela no confronto com ao menos um outro sujeito); uma relação entre estes dois sujeitos e o órgão jurisdicional, e portanto trilateral, que se consubstancia contemporaneamente no direito do primeiro sujeito à tutela jurisdicional, no dever do órgão em prestá-la, e na sujeição do terceiro sujeito ao exercício de tal tutela»[42].

[38] José Alberto dos Reis, «Código de processo civil brasileiro», op. cit: 140.
[39] *Idem*.
[40] *Idem*.
[41] Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata, *Diritto Processuale Civile*, I, 30 ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2025: 30.
[42] *Idem*.

A doutrina mais recente tem-se afastado desta doutrina, considerada insuficiente. Critica-se a figura pelo seu carácter estático, incapaz de captar o fenómeno processual como uma série de relações complexas, em contínua transformação[43].

Elio Fazzalari afirma que o *cliché* da «relação jurídica» é «um esquema simples que não pode abranger a complexidade do processo»; «é pura convenção de linguagem, que toma em conta a realidade, mas que não a explica»; «nem, qual esquema estático, pode representar a dinâmica»[44]

A categoria da relação jurídica é uma forma, entre outras, de embalar e expor a «mercadoria processual», não implicando forçosamente que um dos elementos dessa relação – o juiz – fique, em matéria disponível, «com a maior parte da torta».

Se o Estado tem natural interesse na aplicação da lei e na resolução dos conflitos, e que esta carece de ser interpretada e aplicada aos casos concretos, por um órgão do Estado, isto não tem a ver com o fascismo, mas com a jurisdição, como é sabido, pelo menos, desde Oskar von Bülow[45].

Chamar a atenção para que o publicismo processual não é filho do fascismo parece-me de rigor. Mas esta distinção não justifica que se pretenda salvar os princípios que estão na base dos Códigos de 1939, procurando defender, não a inspiração fascista, mas a herança chiovendiana, nem ideologicamente ocultar que todo o direito, *ergo* o processual, é ideológico-político.

Talvez se encontre aqui a razão pela qual o nosso professor critica Francisco Campos.

7. Importa, para concluir, responder à pergunta: em que medida o código português influenciou o brasileiro?

É difícil dar uma resposta definitiva. Alberto dos Reis sugere que tal influência está comprovada na admissão pelo código brasileiro da figura tão portuguesa do *despacho saneador* e pela redacção dos artigos 44.º, 47.º , 115.º, 276.º, 285.º e 287.º § único, presumidamente inspirados no projecto português.

[43] *Ibidem*: 31.

[44] Elio Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, VIII ed., Cedam, Padova, 1996:104. O operador «relação jurídica» no campo substantivo, foi objecto de uma vigorosa crítica, entre nós, por parte de Orlando Carvalho, não em si mesmo, mas pelo seu neutralismo ideológico, cientismo, anti-humanismo e conceitualismo, «A Teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XVI (1970), n.ºs 1-2 e 3-4 e também *A Teoria Geral da Relação Jurídica*, Centelha, Coimbra, 1981 e *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2012.

[45] Oskar von Bülow e Philipp Zorn (a cura di Fulvio Cortese e Andrea Sandri), *Legge e giurisdizione*, Herrenhaus edizioni, Seregno, 2012 .

O facto de o código português ter sido promulgado em 28 de Maio de 1939 e o brasileiro estar pronto em 24 de Julho desse ano, invalida a hipótese da versão definitiva do primeiro ter tido influência significativa no segundo.

Por isso, o mestre de Coimbra limita a correspondência ao projecto do código e não à versão definitiva.

Francisco Campos conhecia a evolução do processo civil português. Na exposição de motivos lembra que «em Portugal, que nos legou o processo tradicional, já o repudiou desde 1926, para adoptar o sistema de oralidade concentrada»[46].

No entanto, como se viu, a sua atenção foi sobretudo para os publicistas norte americanos.

Professor culto e sabedor (era conhecido por «Chico Ciência») não podia desconhecer outros sistemas de processo e receber destes os frutos de uma comparação crítica.

De resto, mesmo no contexto não globalizado dos anos trinta, um trabalho de codificação exigia a consulta do direito comparado e a ponderação de outras experiências jurídicas.

Não é, por conseguinte, de estranhar a referida influência.

Questão diversa é a de saber que influências exerceu no Código português o novo Código brasileiro.

Deixo a resposta, que desconheço, para os processualistas brasileiros. Mas uma coisa eu sei e é para mim certa: ambos os códigos partilham igual visão autoritária do processo, pois, como me habituei a ouvir a Franco Cipriani, qualquer Código «que retira garantias às partes e dá poderes discricionários ao juiz é, em qualquer latitude, um código antiliberal e autoritário[47].

Referências

A Vida Judiciária, Ano 1.º (1939), n.º 18.

Almeida, Matheus Quirino Sant´Anna Lima de, «Francisco Campos e o CPC de 1939. Uma perspectiva histórica do Direito Processual», *Entre o Local e o Global*, *Anais do XVII Encontro de História de Anpuh-Rio de Janeiro*, 2016:1-12.

Almeida, Matheus Quirino Sant´Anna Lima de, *O Processo Civil no Estado Nacional: Apontamento para uma interpretação política da reforma processual a partir da obra de Francisco Campos*, trabalho de conclusão do bacharelato em Direito, faculdade Fluminense, Niterói, 2017.

[46] *Ibidem*: 299. F. Campos refere-se ao Decreto n.º 12.353, de 22 de setembro de 1926, que consagrou o princípio do juiz forte e activo.

[47] Franco Cipriani, *Ideologie e Modelli del Processo Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997: 126, nota 18.

Almeida, Matheus Guarino Sant´Anna Lima de, «*Toda Instituição é a sombra de um homem»: Direito, Ideologia e Estado Nacional na obra de Francisco Campos*, Faculdade Fluminense, Niterói, 2021.

Birocchi, Italo, «Arrigo Solmi», *Dizionario biografico degli italiani*, Vol. 93 (2018), Enciclopedia Treccani *on line*.

Bonavides, Paulo. «Francisco Campos-O Antiliberal», *Francisco Campos, Discursos Parlamentares*, Brasília, 1979.

Caetano, Marcello, *Minhas Memórias de Salazar*, 3.ª ed., Verbo, Lisboa, 1977.

Campos, Francisco, «A Reforma do Processo Civil», *Processo Oral*, Rio de Janeiro, 1940.

Ciotola, Marcello, «O pensamento autoritário de Francisco Campos». *Direito, Estado e Sociedade,* 37 (2010).

Cipriani, Franco, *Ideologie e Modelli del Processo Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

Cipriani, Franco, *Scritti in Onore dei Patres, Giuffré, Milano, 2006.*

Losano, Mario, *Dalle leggi razziali del fascismo alle amnistie posbelliche:1938-1953, Mimesis, Milano, 2022.*

Marcos, Rui de Figueiredo, Carlos Fernandes Mathias e Ibsen Noronha, *História do Direito Luso-Brasileiro*, Almedina, Coimbra, 2024.

Martins, Pedro Batista, «Em defesa do Ante-projecto do Código do Processo Civil (Brasileiro)», *Jornal do Foro*, Ano 3, n.ºs 46, 47 e 48, 1939:174.

Mendonça, Luís Correia de, *José Alberto dos Reis, A construção do direito processual civil, Do processo liberal à revolução processual de 1926*, Quid Júris, Lisboa, 2025.

Moreira, Rui Pedro, «Rodrigues Júnior: o homem e a sua obra» Revista Zahara, n.2.

Pinto, António Costa (coord.), *O Estado Novo de Salazar, Uma terceira via autoritária na era do fascismo*, Edições 70, Lisboa, 2022.

Prota, Leonardo, «Estado Novo no Brasil e em Portugal-características distintivas», *Revista de Estudos Filosóficos, n.º 3/2009.*

Raatz, Igor, *A reconstrução do processo civil no estado democrático de direito: possibilidades a partir da teoria do Direito, do Estado e da Constituição*, Unisinos, São Leopoldo, 2011.

Reis, José Alberto dos, «Código de processo civil brasileiro», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol XVII, 1940-1941.

Rosas, Fernando e J.M. Brandão de Brito, *Dicionário de História do Estado Novo*, vol. II, Bertrand Editora, Venda Nova, 1996.

Santos, Paula Marques e Diogo Fernandes, «As relações Portugal-Brasil e a emigração portuguesa: o impacto da legislação nacionalista de Getúlio Vargas», *História, Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, IV série, Vol. 7 (2017).

Satta, Salvatore, «Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara», Quad.erni del diritto e del processo civile», I, 1969.

Solmi, Arrigo, *La riforma del codice di procedura civile, Discorsi, conferenza e interviste com prefazione e índice*, Soc, Ed. Foro Italiano, Roma, 1937.

Von Bülow, Oskar–Philipp Zorn (a cura di Fulvio Cortese e Andrea Sandri), *Legge e giurisdizione*, Herrenhaus edizioni, Seregno, 2012.

O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental

The environmental unconstitutional state of affairs as socio-environmental structural litigation

LAONE LAGO*

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Caso* Brown *na Suprema Corte americana – juntos e iguais, jamais separados. 3. Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal – novos desafios e dimensões: 3.1.Jurisdição constitucional – primeiros passos de uma doutrina fundacional; 3.2.Constituição de 1988 – consolidação do controle da constitucionalidade. 4. Consolidação da jurisdição constitucional – ADPF em uma nova dimensão. 5. Conclusão.*

RESUMO: O presente trabalho analisa o processo histórico-constitucional de ascensão e fortalecimento da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, realizando um paralelo entre a nascente República (Constituição de 1891) e a atual Constituição da República de 1988, para, então, descrever e interpretar o controle de constitucionalidade em matéria ambiental no Brasil atual, especialmente diante de um possível e viável – talvez até necessário – estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro. Para realizar esse percurso, utiliza-se tanto da análise teórica quanto do estudo de casos, reunindo informações pretéritas acerca do assunto em reflexão para revisitar e refinar a questão pesquisada. Conclui que o fenômeno latino-americano das decisões estruturantes se apresenta como uma alternativa capaz tanto de oferecer respostas aos litígios estruturais no âmbito

* Pós-Doutor (FDUL), Doutor (UFF), Mestre (UNIRIO) e Especialista (UERJ) em Direito Público. Prêmios Rui Barbosa, UNESCO, CONPEDI e de melhor trabalho da pós-graduação (mestrado). Consultor jurídico (jurisconsulto), Professor Universitário (docente) e Advogado com atuação tanto no Brasil e quanto em Portugal. Atividades profissionais, acadêmicas e docência com ênfase no Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental e Políticas Públicas. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/1401186293027138.
E-mail: laonelagoadv@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-4870-3034

da jurisdição constitucional quanto permitir lançar novos olhares aos conflitos socioambientais travados acerca dos problemas envolvendo o uso e a apropriação dos recursos naturais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; litígios estruturais; conflitos socioambientais; estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro; decisão estruturante.

Abstract: This work analyzes the historical-constitutional process of the rise and strengthening of constitutional jurisdiction within the scope of the Federal Supreme Court, drawing a parallel between the nascent Republic (Constitution of 1891) and the current Constitution of the Republic of 1988, to then describe and interpret the control of constitutionality in environmental matters in current Brazil, especially in the face of a possible and viable – perhaps even necessary – unconstitutional Brazilian environmental state of affairs. To carry out this journey, both theoretical analysis and case studies are used, gathering past information about the subject under consideration to revisit and refine the researched question. It is concluded that the Latin American phenomenon of structuring decisions presents itself both as an alternative capable of offering answers to structural disputes within the scope of constitutional jurisdiction allows for new perspectives on socio-environmental conflicts involving problems concerning the use and appropriation of natural resources.

Keywords: Constitutional jurisdiction; structural disputes; socio-environmental conflicts; Brazilian environmental unconstitutional state of affairs; structuring decision.

1. Introdução[**]

Os conflitos socioambientais surgem (especialmente, ainda que não somente) a partir da disputa pelo (e para o) acesso aos bens e serviços ambientais, ou seja, são conflitos travados acerca dos problemas envolvendo o uso e a apropriação dos recursos naturais. Segundo Henri Acselrad, os conflitos socioambientais refletem o fenômeno da imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e

[**] Texto originalmente publicado na revista *Suprema*: revista de estudos constitucionais, do Supremo Tribunal Federal brasileiro: Lago, Laone. O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 341-371, 2025. DOI: https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a339. Disponível em: https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/issue/current. Acesso em: 23 abr. 2025.

informacionais[1]. Nessa linha de entendimento, não seriam eles simples consequências espontâneas dos processos de exploração dos recursos naturais, e sim produzidos a partir das diferentes formas de apropriação mediadas pelas relações desiguais de poder[2]. Em outras palavras, são inerentes às sociedades humanas, demandando, portanto, não só o diálogo como diretriz e norte, mas também – e muito particularmente – a sua percepção e constatação real de existência[3].

O cenário ambiental – e, obviamente, o socioambiental – brasileiro é historicamente desafiador; trata-se de um quadro complexo pautado por avanços e guiado por retrocessos. Diversas são as demandas que, cada vez mais, batem às portas do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, tendo como pretensão, por exemplo, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental no Brasil. O fenômeno do estado de coisas inconstitucional foi incorporado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347[4], haja vista a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais envolvendo o sistema penitenciário e carcerário nacional, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, cuja modificação dependeria de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. É nesse âmbito que o Poder Judiciário – como agente de viabilização do diálogo constitucional – pode (ou poderá) ser demandado a reestabelecer os esforços, posturas e ações de respeito aos diretos fundamentais, superando os bloqueios políticos e/ou institucionais, especialmente em matéria ambiental.

O estado de coisas inconstitucional ambiental foi reconhecido pela primeira vez no voto de mérito exarado pela ministra Cármen Lúcia, relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 760[5]. Consta no

[1] Acselrad, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. *In*. Acselrad, Henri (org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 13-35.

[2] Souza, Leandro Ricarte Castro de; Milanez, Bruno. Conflitos socioambientais, ecologia política e justiça ambiental: contribuições para uma análise crítica. *Perspectiva Geográfica*, v. 11, n. 14, p. 2-12, 2016. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/15568. Acesso em: 25 fev. 2024.

[3] Brito, Daguinete Maria Chaves *et al*. Conflitos socioambientais no século XXI. PRACS: Revista de humanidades do curso de ciências sociais da UNIFAP, n. 4, p. 51-58, dez. 2011. Disponível em: https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/371. Acesso em: 25 fev. 2024.

[4] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

[5] Ainda que se utilize mais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 760, recorde-se que o voto da ministra relatora Cármen Lúcia também apreciou e decidiu, de

seu dispositivo o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Floresta Amazônia e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado", bem como determinação para que a União e os órgãos e entidades federais formulem e apresentem, em até sessenta dias, um plano de execução efetiva e satisfatória relacionado ao Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal, conforme "cronogramas, metas, objetivos, prazos, projeção de resultados com datas e indicadores esperados, incluídos os de monitoramento e outras informações necessárias para garantir a máxima efetividade do processo e a eficiente execução de políticas públicas"[6].

No voto inicialmente proferido pela ministra Cármen Lúcia, a expressão "estado de coisas inconstitucional" é citada, abordada ou ao menos reproduzida em doze passagens. Consta logo nos primeiros parágrafos entendimento no sentido de que os demandantes apontaram haver abandono deliberado por parte do Governo Federal em relação às ações para prevenção e controle do desmatamento na Amazônia. Ainda, segundo a ministra relatora, para os demandantes da arguição essa constatação encontra-se diretamente relacionada com a "evolução da taxa de desmatamento e de queimadas na Amazônia Legal entre 2018 e 2020, com repercussão sobre unidades de conservação e terras indígenas", ocasionando danos ambientais, assim como "efeitos deletérios e graves à questão ambiental e à saúde de todos"[7]. Após pedido de vista, o ministro André Mendonça acompanhou substancialmente a ministra relatora, oportunidade em que reconheceu a inconstitucionalidade, no entanto votou para que o Governo Federal, em conjunto com os demais Poderes Legislativo e Judiciário, Estados e Municípios, assuma um "compromisso significativo", ao passo que a ministra Cármen Lúcia reafirmou o seu voto no sentido de que os fatos e fundamentos comprovam a existência de um estado de coisas inconstitucional ambiental, mesmo reconhecendo que há processo em curso de reconstitucio-

forma conjunta, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 54 (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça. Andamento processual disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5757017. Acesso em: 25 fev. 2024.

[6] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Ministro André Mendonça, 6 de abril de 2022. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

[7] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, j. 6 abr. 2022.

nalização quanto ao desmatamento ilegal na Amazônia pelo Estado brasileiro[8]. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em prol do "compromisso significativo"[9].

Antes da referenciada decisão de mérito – e nessa mesma linha –, a proteção ambiental como um dever constitucional, não como uma opção política, foi objeto, por exemplo, de entendimento exarado pelo ministro Luís Roberto Barroso, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, convocou-se audiência pública para apurar os fatos relevantes e a produção de um relato oficial acerca da situação ambiental brasileira, medida prudente e necessária, diante do quadro descrito na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 60, convertida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708, pois, "se confirmado, revela[ria] a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, [o] qual exige providências de natureza estrutural"[10]. Pelo menos duas são as conclusões que saltaram aos olhos do ministro relator, quais sejam, *(i)* a existência de indícios claros e evidentes de um estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro, assim como o entendimento de que *(ii)* o dever constitucional se impõe em matéria ambiental, inexistindo espaço para opções políticas. Em sede de mérito, o ministro relator não reconheceu o fenômeno estruturante colombiano[11].

[8] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 29 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5988705&ext=RTF**.** Acesso em: 18 jun. 2024.

[9] "O Tribunal, por maioria, não declarou o estado de coisas inconstitucional, vencidos, nesse ponto, os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Edson Fachin e Luiz Fux. Alternativamente, reconhecendo a existência de falhas estruturais na política de proteção à Amazônia Legal, o Tribunal determinou ao Governo Federal que assuma um 'compromisso significativo' (*meaningful engagement*) referente ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica" (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acordão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=6001474&ext=RTF. Acesso em: 18 jun. 2024).

[10] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO60Decisa771oaudie770nciapu769blica.pdf.Acesso em: 25 fev. 2024.

[11] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

A existência de um cenário desafiador e potencialmente inconstitucional envolvendo o meio ambiente, capaz de impulsionar o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional ambiental no Brasil, também esteve presente nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 59, oportunidade em que se discutiu flagrante omissão por parte do Governo Federal ao contingenciar o repasse de bilhões de reais ao Fundo Amazônia. Mesmo que, no acórdão exarado pela relatora, a ministra Rosa Weber, seja possível identificar algumas passagens e referências expressas e diretas ao estado de coisas inconstitucional ambiental, a ministra não o reconheceu de forma contundente, limitando-se em registrar que a "omissão inconstitucional do Poder Executivo [federal] no que diz respeito ao funcionamento da política pública do Fundo Amazônia traz consequências em diversas atividades e operações do seu funcionamento", determinando-se que a União, no prazo de sessenta dias, "tome providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia, dentro e nos limites das suas competências" constitucionais e infraconstitucionais[12].

Referido movimento, o qual alcançou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é louvável, quiçá, necessário, porém exige tanto cautela quanto reflexão mais ampliada e aprofundada acerca dos seus fatos e fundamentos. Dizendo de outra forma, o estado de coisas inconstitucional, fenômeno originalmente pensado, moldado e implementado pela Corte Constitucional colombiana, necessita ser mais bem conhecido e ponderado, especialmente sua decisão paradigma, a Sentença T-025/04[13], perpassando pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, primeira medida em âmbito nacional que reconheceu o quadro carcerário brasileiro como cruel e indigno, verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana[14]. Esse cenário que se pretende ver ampliado, para alcançar a temática ambiental – pelo menos é nesse sentido que se pode perceber –, estando nessa linha a proposta e o elemento central que conduzirão as reflexões do presente trabalho.

[12] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

[13] Colômbia. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentença T-025/04*. Magistrado proponente doutor Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 24 fev. 2024.

[14] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 1.º, Inc. III. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

O presente trabalho pretende, portanto, identificar fatos e fundamentos caracterizadores do processo histórico-constitucional de ascensão e fortalecimento da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo um paralelo entre a nascente República com a Constituição de 1891 e a atual Constituição da República de 1988 (objeto geral), para, então, descrever e interpretar o controle de constitucionalidade – suas clássicas e novas dimensões – em matéria ambiental no Brasil dos tempos atuais (objeto específico), especialmente diante de um possível e viável – talvez até mesmo necessário – estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro (hipótese). Para esse processo, utilizar-se-á tanto da análise teórica quanto do estudo de casos, reunindo-se informações pretéritas acerca do assunto em reflexão para revisitar e refinar a questão pesquisada[15]. Prudente alertar que o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais[16] não será aqui enfrentado, muito menos a perspectiva do Poder Judiciário como guardião das promessas[17], ou, ainda, a existência de uma expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral[18]; assim como também não será enfrentado o debate acerca da origem, expansão e consolidação, seja do estado de coisas inconstitucional[19], seja do compromisso significativo[20]. Duas são as razões básicas para essa delimitação, quais sejam, primeira, o espaço naturalmente limitado, e, segunda, o foco aqui pretendido, essencialmente voltado ao fortalecimento do controle de constitucionalidade no Brasil e ao seu potencial de absorção e reconhecimento envolvendo o estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental.

[15] Gil, Antonio Carlos. *Como elaborar projeto de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

[16] Vianna, Luiz Werneck *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: 1999. Vianna, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547. Acesso em: 29 fev. 2024.

[17] Garapon, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[18] Lopes, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito*: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

[19] Lago, Laone. *Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023.

[20] Serafim, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743. Acesso em: 29 fev. 2024.

2. Caso *Brown* na Suprema Corte americana – juntos e iguais, jamais separados

As reflexões envolvendo as decisões estruturantes possuem raízes no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, oportunidade em que a Suprema Corte dos Estados Unidos imprimiu duro golpe no histórico e juridicamente sedimentado regime da segregação racial nas escolas – *Brown I*[21]. Em outras palavras, a Corte Constitucional americana decidiu pela inconstitucionalidade da separação de crianças nas escolas públicas sob o argumento da raça, dando os primeiros passos justamente para ir diretamente de encontro ao entendimento de longa data estabelecido no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), sob o amparo de que "separados, mas iguais"[22]. Foi necessário mais de meio século (1954) para que o arraigado entendimento segregacionista fosse superado, assim como suas instruções para que os Estados americanos iniciassem efetivamente os planos de dessegregação – *Brown II* (1955)[23], sinalizando-se como seriam os próximos anos em que a Corte Warren[24] manteria seu rumo e foco na quebra de paradigmas, estabelecendo-se um verdadeiro legado em matéria de ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais[25].

Reconhecendo como inconstitucional a doutrina *separate but equal*, a Suprema Corte americana afirmou que toda e qualquer segregação pautada pelos critérios étnico-raciais nas escolas não possuiria nenhum amparo constitucional substancial, sendo, portanto, sua manutenção uma afronta direta ao texto constitucional vigente. Se *Brown I* teve como elemento central a questão jurídica, formação e formulação de um novo entendimento, assim como a fixação das suas balizas; *Brown II* voltou-se aos desafios e complexidades inerentes ao processo de efetivação do caso, fazendo dele emergir as chamadas decisões

[21] Estados Unidos. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)*. Chief of Justice: Warren, May 17, 1954. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/.

[22] Estados Unidos. Supreme Court. *Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537*. Mr. Justice: Brown, May 18, 1896. Disponível em: https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson. Acesso em: 14 jun. 2024.

[23] Estados Unidos. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955)*. Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294). Acesso em: 14 jun. 2024.

[24] Rodrigues, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969)*: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

[25] Barroso, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 9, p. 258-301, abr. 2017. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621. Acesso em: 29 fev. 2024.

pautadas por um inovador caráter estruturante. Estar-se-ia, sob essa perspectiva, diante de "uma reconstrução da realidade social, tendo de superar a mais intensa resistência, intervir e reestruturar organizações de grande porte"[26]. De fato e de direito, o caso *Brown* permitiu que houvesse uma abertura – ou até mesmo uma ruptura – no quadro posto, o que potencializou "novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais"[27].

Esses novos contornos disponíveis à tutela jurisdicional constitucional, apresentaram-se como uma alternativa viável para que os direitos prestacionais materiais ganhassem efetividade, alcançando a via processual, especialmente no âmbito das cortes constitucionais. Referido movimento – em específico –, nascido e inicialmente moldado nos Estados Unidos, em meados do século XX, encontrou ressonância nos constitucionalismos emergentes do Sul Global. A Corte Constitucional da Colômbia foi pioneira na implementação das decisões estruturantes, o que aconteceu via estado de coisas inconstitucional, entre os últimos anos do século passado e os primeiros anos do atual, fenômeno posteriormente absorvido e implementado pela Corte Constitucional brasileira. Nessa perspectiva de entendimento, pode-se perceber que "os provimentos de natureza estruturante, a partir de sua recepção pelos constitucionalismos emergentes, são identificados como modo de combate à omissão estatal na proteção e promoção dos direitos assegurados por estas Constituições"[28], fazendo emergir desse movimento algumas das balizas instrumentais mais reais e efetivas em matéria de prestação da tutela jurisdicional constitucional.

3. Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal – novos desafios e dimensões

A defesa da constitucionalidade no Brasil não é assunto trivial, muito menos recente, reflexão que fica ainda mais complexa ao ser inserida nesse debate

[26] Fiss, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 29 fev. 2024.

[27] Fiss, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979, p. 15. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 29 fev. 2024.

[28] Fachin, Melina Girardi; Schinemann, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisprudência constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. DOI: https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247. Acesso em: 29 fev. 2024.

uma nova dimensão, qual seja, a dimensão da jurisdição constitucional e, por conseguinte, a da efetividade da Constituição pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não é de hoje o entendimento de que a Constituição pretende ser uma forma legalista de superar o próprio legalismo, o que pode ser configurado como uma espécie de retorno a um jusnaturalismo dotado de instrumentos do positivismo jurídico. Dois são os pontos de toque desse movimento: o primeiro, a consolidação da Constituição como norma primeira e última a ser observada em toda e qualquer atividade do Estado e da sociedade; e, o segundo, a ampliação da dimensão do Supremo Tribunal Federal para além do histórico exercício de controle da constitucionalidade, alcançando a tutela jurisdicional efetiva. A justiça constitucional, portanto, é a garantia desse movimento, sendo, também, o instrumento de sua efetivação[29].

Atualmente, respaldadas pelo fenômeno normativo constitucional contemporâneo, o qual marca uma espécie de primeira viragem, as Cortes Constitucionais estão emergindo – ou já emergiram – apoiadas pela (e na) Constituição. Referido movimento pode ser identificado no Brasil desde os primórdios da República, instante em que a doutrina brasileira do *habeas corpus* desenvolvida por Rui Barbosa demandou à época uma postura ativa por parte do então Supremo Tribunal Federal, em face de normas emanadas pelos demais poderes (Executivo e Legislativo). Referido movimento, permeado por um certo grau de pioneirismo, consolidar-se-ia ao longo do tempo, o que somente operou e se efetivou com o advento da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encerrando um ciclo de praticamente 100 anos[30].

Fato é que a Constituição, além de limitar o Estado, passou a orientá-lo, consolidando-se como norma fundamental e, também, como compromisso histórico de uma sociedade, devendo tanto garantir os instrumentos necessários para a sua própria defesa (mecanismos suficientes para extirpar do ordenamento jurídico todas as normas tidas como inconstitucionais, tendo como seus principais exemplos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) quanto prever meios para conferir eficácia às normas constitucionais (uma "nova dimensão da jurisdição constitucional"[31], que pode ser exempli-

[29] Tavares, André Ramos. Justiça constitucional e suas funções. Revista de Informação Legislativa, v. 43, n. 171, p. 19-47, jun./set. 2006. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317. Acesso em: 29 fev. 2024.

[30] Lago, Laone. *Rui Barbosa e o* habeas corpus: o nascimento de uma doutrina. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005. p. 27.

[31] Medina, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 105.

ficada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pelo mandado de injunção, além da interpretação conforme a Constituição, da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que também se insere e passa a transitar nesse cenário, ambiente com novas e inovadoras dimensões).

3.1. Jurisdição constitucional – primeiros passos de uma doutrina fundacional

Nesse primeiro (momento e) movimento de fortalecimento da jurisdição constitucional, logo, do próprio Supremo Tribunal Federal, tem-se a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. O federalismo e a sua descentralização são as principais características de uma estrutura que se opunha ao período imperial que vigorava anteriormente. Ainda que positivamente embriagada com os novos ventos, a nascente Constituição brasileira olhou, sem muito entusiasmo, para os direitos e garantias individuais e coletivos. O foco do Poder Constituinte à época consistia em fortalecer o nascente Estado republicano. Não poderia ser diferente. A sociedade brasileira havia recentemente passado por ebulições internas (revoltas provinciais como, por exemplo, a Cabanagem, a Balaiada, a Sabinada e a Farroupilha)[32], além de um desgastante conflito externo (Guerra do Paraguai)[33], ainda que vitorioso[34].

Coube ao então advogado Rui Barbosa, um dos idealizadores e principais formuladores da Constituição de 1891, diante da realidade ditatorial instaurada nos anos finais do século XIX, desenvolver o que ficou conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Utilizou-se da referida garantia constitucional para ir além do "simples" constrangimento corporal, estendendo-a para "todos os casos em que um direito [estiver sendo] ameaçado, manietado, impossibilitado de seu exercício pela intervenção de um abuso de direito ou de uma ilegalidade"[35]. É nesse momento que o advogado irá se utilizar do *habeas corpus* para além da simples defesa da liberdade individual de locomoção. No entanto, teve ele que buscar no Supremo Tribunal Federal as forças que este

[32] Bueno, Eduardo. *Brasil*: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2012. p. 195.
[33] Bueno, Eduardo. *Brasil*: uma história: cinco séculos de um país em construção. p. 217.
[34] Barbosa, Rui. *O liberalismo e Constituição de 1988*: textos selecionados de Rui Barbosa. Organização: Vicente Barreto. Apresentação: Ulysses Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 39.
[35] Barbosa, Rui. *O liberalismo e Constituição de 1988*: textos selecionados de Rui Barbosa. Organização: Vicente Barreto. Apresentação: Ulysses Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 137.

julgava não possuir (vigorava o entendimento de incompetência para julgar decisões advindas de outros poderes), sendo um dos seus exemplos o caso do estado de sítio determinado pelo Poder Executivo, em 10 de abril de 1892, conforme Decreto n. 791[36].

Foram essas as circunstâncias que levaram Rui Barbosa a impetrar o *Habeas Corpus* n. 300[37] contra a prisão irregular e indevida de dezenas de pessoas. O Supremo Tribunal Federal não se apresentou como instância competente para o caso e, por consequência, sequer aceitou o pedido. Em sua decisão, além de ter pontuado "que antes de juízo político do Congresso não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional [decreto de estado de sítio]", deixou claro também não ser "da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo"[38]. Apesar de toda a reação negativa às formulações de Rui Barbosa, levantou-se, pioneiramente, o ministro Pisa e Almeida, como uma espécie de "voto positivo", tendo ele entendido "ser o Supremo Tribunal Federal competente para tomar conhecimento desse recurso"[39]. A tese sustentada pelo atual patrono da advocacia brasileira não obteve êxito, no entanto tratou-se de um primeiro e sólido passo, o qual renderia frutos.

A persistência de Rui Barbosa foi fundamental. No pedido de *Habeas Corpus* n. 1.063, o Supremo Tribunal Federal negou a garantia, o que já foi um enorme avanço, pelo simples fato de ter conhecido e enfrentado o seu mérito, ainda que o resultado tenha sido de cinco contra quatro (um avanço histórico, na verdade). Importante frisar que a primeira vitória do que viria a ser conhe-

[36] Brasil. Decreto n.º 791, de 10 de abril de 1892. *Coleção de Leis do Brasil*, v. 1, pt. 2, p. 173, 1892. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-norma-pe.html. Acesso em: 18 jun. 2024.

[37] Barbosa, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de "Habeas-Corpus" n. 300. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217. Acesso em: 17 jun. 2024.

[38] Barbosa, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de "Habeas-Corpus" n. 300, p. 356-357. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217. Acesso em: 17 jun. 2024.

[39] Barbosa, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de "Habeas-Corpus" n. 300, p. 38. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217. Acesso em: 17 jun. 2024.

cido como a doutrina brasileira do *habeas corpus* não veio de uma atuação direta de Rui Barbosa. Fato é que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 1.073, impetrado por um ex-ministro da Corte, sob as mesmas bases e fundamentos alegados por Rui Barbosa, conheceu e acolheu a garantia, imiscuindo-se pioneiramente em atos do Poder Executivo.

> É concedida a impetrada ordem de *habeas corpus*, para que cesse o constrangimento ilegal em que se acham os pacientes [...]. A atribuição judiciária de conhecer tais medidas, findo o sítio, não é excluída pela do Congresso para o julgamento político dos agentes do Executivo.[40]

A decisão é pioneira – insista-se. Pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a atribuição judiciária de conhecer as medidas advindas do Poder Executivo não é única e exclusivamente do Poder Legislativo ou, em outras palavras, compete ao Poder Judiciário defender o ordenamento jurídico de atos que diretamente entrarem em conflito (por ação ou omissão) com a Constituição, texto hierarquicamente superior, assim como centro irradiador para todo o ordenamento jurídico pátrio. Ao fazer uma análise dos dois acórdãos, o advogado Rui Barbosa concluiu que esses tinham sido o resultado de mais de seis anos de lutas[41]. Nas palavras do próprio Rui Barbosa, "o acórdão de 16 de abril [...] tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas"[42]. Com essa linha pioneira de entendimento, a qual data dos primórdios da República brasileira, tem-se como relevantes (e importantes) os alicerces iniciais conferidos ao controle de constitucionalidade, o qual somente alcançará sua mais elevada estrutura com a promulgação da Constituição de 1988.

[40] Barbosa, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de "Habeas-Corpus" n. 300, p. 341. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217. Acesso em: 17 jun. 2024.

[41] Nogueira, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*: momentos culminantes de sua vida profissional. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1996. p. 405.

[42] Barbosa, Rui. A lição dos dois acórdãos: estudo crítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de habeas-corpus contra atos do Poder Executivo. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 288. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 25, t. 4, 1898). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/258.

3.2. Constituição de 1988 – consolidação do controle da constitucionalidade

O sistema de defesa da constitucionalidade no Brasil reflete, de um lado, a tradição europeia (modelo fortemente político) e, de outro, a concepção americana (modelo centralmente jurisdicional), fazendo do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro um dos mais amplos e particulares do mundo. Nesta perspectiva – controle da constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como foco aferir e, se for o caso, extirpar do ordenamento jurídico norma que contrariar a Constituição –, encontram-se reflexos desses mecanismos clássicos em diversos instrumentos constitucionais, figuras exemplares de uma atividade jurisdicional puramente negativa (uma espécie de "legislador negativo"), o que resulta em um puro e simples eliminar, ceifando as normas descompassadas do mundo jurídico pátrio[43].

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo, é o mais clássico dos instrumentos de controle da constitucionalidade. Pode ser ela proposta pelos legitimados arrolados no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[44], tendo por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual[45]. O seu rito encontra-se previsto na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tratando de procedimento objetivo, o que significa dizer que "se destina ao controle da constitucionalidade e não à solução de questões pertinentes a eventuais interessados"[46]. A decisão que acolhe a arguição de inconstitucionalidade possui caráter declaratório[47], o que implica o reconhecimento da nulidade *in abstrato* da norma, produzindo, em regra, efeitos *ex tunc*, além de eficácia *erga ommes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e munici-

[43] Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

[44] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

[45] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 102. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

[46] Medina, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79.

[47] Não há muita margem para dúvidas de que, com a declaração de inconstitucionalidade, haverá o desfazimento da lei ou do ato normativo, pois contrário ao ordenamento jurídico, especialmente à Constituição. Mendes, Gilmar. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p, 292-293.

pal, ressalvada – obviamente – a possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos, medida cada vez mais debatida, incorporada e utilizada.

Instituída pelo poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, tem-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a qual se destina a obter a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e, também, pode ser proposta pelos mesmos legitimados previstos no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[48]. O seu procedimento também está previsto na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, podendo adotar, inclusive, os mesmos moldes procedimentais da Ação Direta de Inconstitucionalidade. No mais, não inova acerca da eficácia *erga omnes* e muito menos acerca dos seus efeitos vinculantes lançados sobre o Poder Judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas, bem como sua possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos[49].

Pode-se facilmente perceber que a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade possuem, entre elas, uma espécie de efeito dúplice direto e imediato, o que significa dizer que a improcedência de uma implicará a produção de efeito contrário ao originariamente pretendido com a sua propositura. Em outras palavras, o efeito dúplice que tanto aproxima quanto afasta as referidas ações consiste na "atribuição de efeito contrário ao pretendido [...], se julgadas improcedentes". Quando comparada as ações, a relação pretensão-resultado é inversamente proporcional. Trata-se de estrutura de controle de constitucionalidade com sinais trocados entre elas – a improcedência de uma implicará a procedência da outra, e vice-versa[50].

Ao final dessa linha clássica dos instrumentos processuais existentes para o exercício do controle da constitucionalidade, devem-se reservar alguns parágrafos para a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, medida também instituída pelo poder constituinte derivado através da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Referida ação pode ser proposta pelos mesmos legitimados da Ação Direita de Inconstitucionalidade, assim

[48] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024. Esse entendimento é de longa data defendido pela doutrina, o que veio a ser consolidado com a emenda constitucional – EC n. 45/2004, conforme – e por todos –, cite-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 544.

[49] Buzanello, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, p. 29-36, out./dez. 1997. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/288. Acesso em: 28 fev. 2024.

[50] Lopes, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70.

como da Ação Declaratória de Constitucionalidade, destinando-se a prevenir ou reparar lesão contra preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[51]. Trata-se de mais uma das modalidades constitucionalmente previstas de defesa e proteção do texto constitucional, porém dotada de objeto específico e cabimento excepcional, ou mesmo residual.

Como instrumento subsidiário de defesa da Constituição, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental só poderá ser utilizada quando as demais medidas processuais específicas não mais se mostrarem aptas a eliminar a ofensa ou ameaça a determinado dispositivo constitucional, tendo sob as suas lentes os preceitos fundamentais, isto é, os "princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira"[52]. Exige-se *quorum* especial para o julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, devendo a decisão estabelecer as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental em discussão. O Supremo Tribunal Federal poderá fixar efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado ou de algum outro momento temporal, conforme modulação[53].

Os instrumentos aqui elencados, de forma sumária, sinalizam no sentido de uma característica comum que permeia a todos, ao menos em um primeiro e inicial plano reflexivo e delimitador, qual seja, objetiva-se cotejar as normas do ordenamento jurídico com a Constituição vigente, extirpando aquelas que forem reconhecidas como inconstitucionais. Consolidou-se, com isso, um Supremo Tribunal Federal como "legislador negativo", não podendo se utilizar das ações de controle da constitucionalidade "com o objetivo de transformar [a Corte constitucional], indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar"[54].

[51] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 102, §1.º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

[52] Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 296.

[53] Melo, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 113-118, jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/562. Acesso em: 28 fev. 2024.

[54] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 1994. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=34680. Acesso em: 20 fev. 2024.

Esse entendimento carece de uma releitura à luz da Constituição, como centro do ordenamento jurídico, e da jurisdição constitucional, como preceito fundamental da tutela jurisdicional a ser desenvolvida pelo (e no) Supremo Tribunal Federal. Tal movimento emerge do seio de uma espécie de segunda viragem constitucional, tendo como base uma nova dimensão da jurisdição constitucional, perfeitamente estruturada por instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o mandado de injunção, além da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, sem perder de vista as emergentes e inovadoras particularidades oferecidas pela – revisitada, e reconfigurada – ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Uma das concepções que atualmente ganha força é a de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem ter como objetivo a viabilização das tutelas prometidas pelo direito material, o que significa dizer que os planos do processo e do direito material devem ser costurados "mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das 'tutelas dos direitos'"[55]. A jurisdição, sob uma perspectiva constitucional, elevou-se de patamar depois que a Constituição passou ao centro do ordenamento e as Cortes Constitucionais passaram a ser demandadas não mais para simplesmente eliminar do mundo jurídico as normas compreendidas como inconstitucionais. Referido movimento poderá ser percebido em decisões em defesa de uma interpretação conforme a Constituição e de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, além de situações omissivas sanáveis pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do mandado de injunção. É diante desse novo tempo que a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental emerge realinhada aos desafios da jurisdição constitucional.

Na interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão julgando improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, porém com os mesmos efeitos práticos de uma decisão julgada procedente. Várias acepções são analisadas, concluindo-se pela indicação de "um único sentido compatível com a norma constitucional e excluindo os demais, que se têm – esses, sim – como contrários à Lei Maior"[56]. Declara-se a legitimidade da norma questionada, desde que seja ela interpretada conforme o entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, pacificando-se a sua

[55] Marinoni, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 142.

[56] Medina, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 88.

aplicabilidade sem a necessidade de ser ela eliminada do ordenamento jurídico, estabelecendo-se, com isso, um viés de harmonização, logo, de preservação da vontade majoritária do legislador, em uma perspectiva alinhada e compatível com o texto constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto implica uma interpretação restritiva do texto, pois a norma teria se excedido em relação aos limites estabelecidos pela Constituição. Limita-se, com isso, a aplicação da referida norma a determinadas situações, porém declarando-a inadmissível em relação a outras, ainda que expressamente previstas. Uma das diferenças básicas entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição está justamente no fato de que a primeira, quando acolhida, deve ser julgada procedente em parte, diferentemente da segunda, que, ao ser acolhida, deverá ser tida como parcialmente improcedente[57], o que significa dizer que elas podem até parecer próximas, porém jamais poderão ser entendidas como mecanismos idênticos.

Além desses instrumentos de manutenção do texto normativo, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão[58] e o mandado de injunção[59] como meios aptos para que o Supremo Tribunal Federal promova a defesa da Constituição em situações omissivas, possibilitando que referida lacuna seja atendida em um determinado prazo ou até mesmo concretamente suprida. A primeira possui natureza declaratória, uma espécie de reconhecimento de que o órgão competente se encontra inerte quanto à regulamentação de uma determinada norma constitucional, devendo o Supremo Tribunal Federal, em sendo acolhida a referida ação, cientificar a autoridade competente para que adote as providências necessárias para suprir a lacuna apontada. O mandado de injunção, por sua vez, é instrumento para a tutela dos direitos subjetivos, tendo como objetivo concreto suprir uma lacuna sempre que a sua falta tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, possuindo, para tanto, natureza constitutiva e mandamental[60].

[57] Brust, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24325. Acesso em: 28 fev. 2024.

[58] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103, § 2.º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

[59] Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 5.º, Inc. LXXI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

[60] Medina, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 106.

4. Consolidação da jurisdição constitucional – ADPF em uma nova dimensão

Uma primeira leitura pode inserir a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental entre os clássicos instrumentos de controle da constitucionalidade. Esse entendimento também foi conferido no presente trabalho, ao menos em suas linhas iniciais. No entanto, um olhar mais atento demonstra que ela – em verdade – transita em ambos os terrenos (entre o clássico e o moderno, estando, atualmente, mais para este do que para aquele), o que significa dizer que, ao mesmo tempo em que se apresenta como mecanismo para extirpar do ordenamento jurídico pátrio leis ou atos normativos em conflito com a Constituição (visão clássica do controle de constitucionalidade), ela também – e muito especialmente – se torna cada vez mais uma realidade para efetivar direitos via prestação da tutela jurisdicional constitucional (visão contemporânea do controle de constitucionalidade)[61].

As características a seu favor são muitas. A primeira trata de instrumento que objetiva defender preceito fundamental, que pode ser traduzido como proteção aos princípios fundamentais da própria Constituição, aos princípios sensíveis, às cláusulas pétreas[62], portanto, às balizas fundantes (e fundamentais) do Estado democrático e de direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na segunda, ainda que os legitimados para a sua propositura sejam os mesmos da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, existe a previsão de que qualquer interessado poderá oferecer representação ao Procurador-Geral da República, para que este decida sobre o seu cabimento e ajuizamento[63]. A terceira trata do fato de ter procedimento bastante simplificado, salvo se o ministro relator entender pela necessidade da dilação probatória, o que é, justamente, um dos seus pontos fortes[64]. A quarta, e última, porém não menos importante, está justamente no

[61] Melo, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 113-118, jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/562. Acesso em: 28 fev. 2024.

[62] Bastos, Celso Ribeiro; Vargas, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Consulex*, v. 4, n. 44, p. 36-37, ago. 2000.

[63] Brasil. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 2.º, § 1.º.

[64] Brasil. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 6.º, § 1.º.

fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve estabelecer as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental[65].

A essencialidade da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra-se fundamentalmente em seu objeto (o próprio preceito fundamental), na ampliação de sua possibilidade de arguição, ainda que indiretamente, além da existência de um procedimento simplificado e, muito especialmente, da necessidade de ser a sua decisão detalhada. Não é por outra razão que o referido instrumento vem dando causa aos principais debates nacionais, o que passou a ensejar não apenas o exercício de sua atividade clássica, visando afastar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo em afronta com a Constituição, como também a sua utilização para efetivar preceitos fundamentais via tutela jurisdicional constitucional, apresentando-se a sua faceta mais dinâmica, institucional e dialógica. Em se tratando de matéria ambiental, por exemplo, sua utilização vem ganhando espaço, conquistando adeptos e sendo cada vez mais uma demanda manuseada pelos seus legitimados.

Verificada a importância da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, seja para concretizar a Constituição como centro do ordenamento jurídico (primeira viragem), seja para conduzir o Supremo Tribunal Federal ao campo da prestação da tutela jurisdicional efetiva (segunda viragem), pode-se deduzir que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro está no caminho para (e em vias de) incorporar à sua clássica e histórica função de defesa da constitucionalidade (aferição formal de compatibilidade com a Constituição) mecanismos inovadores e diretamente relacionados com uma nova dimensão à jurisdição constitucional. Pelo que se percebe – e não poderia ser diferente –, o Supremo Tribunal Federal está cada vez mais se afastando da pura e simples eliminação da afronta normativa à Constituição, para ampliar sua visão, mantendo a norma posta, porém sob outros olhares, interpretações, implicações e resultados pretendidos.

Promove-se essa viragem através de instrumentos como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, além – e, especialmente – da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual deixa o caminho pavimentado para que o estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro seja reconhecido e delimitado. Desse modo, então, será possível superar os bloqueios políticos e institucionais, especialmente diante de massiva, generalizada e sistemática violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como dever imposto ao Poder

[65] Brasil. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 10, *caput*.

Público e à coletividade, visando às atuais e às futuras gerações, o que exigirá a adoção de medidas para o tempo presente (dias atuais), assim como para o tempo futuro (amanhã), tendo-se como primazia estabelecer um equilíbrio tanto sutil quanto fundamental nas relações e interações entre humanos e entre estes e os não humanos[66].

5. Conclusão

O estado de coisas inconstitucional, fenômeno tipicamente latino-americano voltado aos litígios estruturais na jurisdição constitucional, é uma realidade no Brasil, conforme acolhido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. O estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro é, por sua vez, uma possibilidade, quiçá, uma necessidade, tendo em vista o histórico e desafiador quadro ambiental nacional, o qual alcançou repercussão interna e amplitude internacional, inclusive perante o Tribunal Penal Internacional[67]. O quadro abaixo objetiva espelhar o presente debate da forma mais exaustiva possível, refletindo a presença do estado de coisas inconstitucional ambiental no Supremo Tribunal Federal, seja nas peças iniciais manejadas, seja em manifestações exaradas pelos ministros da Suprema Corte brasileira, seja, ainda, em incidentes processuais havidos no curso do processo, senão vejamos.

[66] Nessa linha, a crítica realizada por Bruno Latour é consistente ao afirmar que, "[s]e não mudarmos [...], não seremos capazes de absorver as outras culturas que não mais podemos dominar, e seremos eternamente incapazes de acolher este meio ambiente que não podemos mais controlar. Nem a natureza nem os outros irão tornar-se modernos. Cabe a nós mudar nossas formas de mudar. Ou então o Muro de Berlim terá caído em vão [...]" (Latour, Bruno. *Jamais fomos modernos*: ensaio de antropologia simétrica. 3. ed. Tradução: Carlos Ireneu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 143).

[67] No ponto, recorde-se que as insurgências ao Tribunal Penal Internacional (TPI) envolvendo crime de genocídio supostamente praticado pelo então Presidente da República do Brasil, o senhor Jair Bolsonaro, partiram das mais variadas instituições, tais como, do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos Dom Paulo Evaristo Arns (Comissão Arns), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Partido Democrático Trabalhista (PDT) e da Rede Sindical Brasileira (UNISaúde) (TRIBUNAL Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. *Consultor Jurídico*, Brasília, 15 set. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/. Acesso em: 28 maio 2024).

Quadro – Dramático quadro ambiental no Brasil – ECIAB no STF:

Ação:	Relator(a):	Pretensão:	Debate ambiental:
ADPF 760	Cármen Lúcia	Obstar o desmatamento na Amazônia.	Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Floresta Amazônica.
ADO 54		Tratar da omissão do Estado em sua função protetiva.	Existência de um estado de coisas inconstitucional na gestão ambiental.
ADO 59	Rosa Weber	Desobstruir o Fundo Amazônia.	Providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia.
ADPF 708	Luís Roberto Barroso	Desobstruir o Fundo Clima.	Reparação, com urgência, da conduta omissiva inconstitucional da União relativa ao Fundo Clima.
ADO 60 (convertida)			
ADPF 743	André Mendonça	Obstar ações e omissões de afronta reiterada aos biomas Amazônia e Pantanal.	Pedido expresso na inicial para que se reconheça o estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental.
ADPF 746		Tratar de incêndios nos biomas Pantanal e Amazônia.	Os riscos do afastamento do Poder Público de sua obrigação constitucional para a atual e as futuras gerações**.**
ADPF 747 ADPF 748 ADPF 749	Rosa Weber	Reconhecer a existência de um estado de anomia e descontrole regulatório.	Estado de coisas (tanto na dimensão normativa quanto fática) inaugurado pela revogação das Resoluções n.ºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA.
ADPF 756	Luís Roberto Barroso	Objetivar que o Poder Público apresente plano de vacinação.	Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ambiental, em face de afronta à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana do cidadão amazonense e manauara.
ADI 7.107	André Mendonça	Tratar do garimpo na Amazônia.	Regularização de atividades de garimpo desenvolvidas às margens da lei.

Ação:	Relator(a):	Pretensão:	Debate ambiental:
ADPF 857	André Mendonça	Tratar de incêndios no bioma Pantanal.	Reiterada ausência de investimentos para prevenção e controle de incêndios.
ADPF 981	Gilmar Mendes	Tratar da Política Nacional de Educação Ambiental.	Desestruturação e desmantelamento dos órgãos e políticas públicas voltadas ao desenvolvimento da Educação Ambiental.
ADPF 592	Luiz Fux	Tratar da conciliação ambiental e conversão de multas em serviços.	Postergação indeterminada dos prazos de defesa e pagamento de multas.
ADPF 755			Estado de coisas que conflita com os preceitos constitucionais.

Fonte: O Autor (2024).

Os principais debates já enfrentados ou ainda pendentes de apreciação e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática ambiental, assim como a pretensão de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ambiental, perpassam desde o desmatamento e pelos incêndios na Amazônia e no Pantanal, alcançando indevido e reiterado contingenciamento de recursos, pelo garimpo ilegal na região amazônica, pela obstrução de multas ambientais, sob o pretexto da instituição de uma via dialógica e compositiva e de uma possível conversão de eventual multa em serviços ambientais, além de atingirem diretamente a Política Nacional de Educação Ambiental, entre muitos, diversos e variados outros temas nessa seara. Essa interessante e inquietante conexão envolvendo a temática ambiental, somada com o fortalecimento da tutela jurisdicional constitucional – especialmente através da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental –, abre espaço para que o fenômeno latino-americano das decisões estruturais tanto seja reconhecido como uma alternativa capaz de oferecer respostas aos litígios estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional quanto permita lançar novos olhares aos conflitos socioambientais travados acerca dos problemas do uso e da apropriação dos recursos naturais[68].

[68] "Importante ainda ressaltar que o contexto 'ecológico' que emoldurou a base constitucional ambiental brasileira permeou-se de perspectivas socioambientais e a hermenêutica constitucional passou a conjugar diversos elementos da ordem social e cultural constitucionais, em especial os direitos indígenas, quilombolas e de demais povos e comunidades tradicionais, assim como a qualidade de vida

Portanto, o fenômeno colombiano parece ter alcançado a temática ambiental brasileira, conforme quadro de violações massivas, generalizadas e sistemáticas[69], revelando-se como alternativa ao tradicional modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*)[70]. Referido movimento almeja um Poder Judiciário atento e atuante, não só para proteger os direitos fundamentais, mas – e principalmente – para lhes conferir aplicabilidade e efetividade, sob o ângulo de um constitucionalismo contemporâneo dialógico. Não é por outra razão que o cenário ambiental exposto demanda provimento jurisdicional de índole constitucional, obviamente propositivo, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, visando à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Eis uma oportunidade concreta que bate às portas do órgão de cúpula do Poder Judiciário, demandando seu olhar atento e vigilante para romper com os bloqueios institucionais, desde que o faça – insista-se nesse ponto – pretendendo fortalecer o debate, potencializando o diálogo e garantindo o devido e necessário espaço de vez e voz historicamente reivindicado pelos conflitos socioambientais no Brasil de ontem, de hoje e de sempre.

Referências

Acselrad, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. *In*. Acselrad, Henri (org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 13-35.

Barbosa, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: Barbosa, Rui. *Trabalhos jurídicos*: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de "Habeas-Corpus" n. 300. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217. Acesso em: 17 jun. 2024.

nas cidades, por via de consequentes planos diretores municipais, enquanto temas imprescindíveis e em constante correlação" (Lago, Laone; Miranda, Napoleão; Madeira Filho, Wilson. Enquanto passa a boiada: uma necessária perspectiva ambiental emancipatória. *In*: Miranda, Napoleão; Madeira Filho, Wilson (org.). *Desenvolvimento insustentável*: conflitos socioambientais e capitalismo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. p. 284.

[69] Lago, Laone. *Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023.

[70] Gargarella, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. Tradução: Ilana Aló. *In*: Vieira, José Ribas; Lacombe, Margarida; Legale, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. Disponível em: https://www.academia.edu/35764978/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_E_DIREITO_CONSTITUCIONAL_INTERNACIONAL_BH_EDITORA_F%C3%93RUM_2016. Acesso em: 17 jun. 2024.

Barbosa, Rui. *O liberalismo e Constituição de 1988*: textos selecionados de Rui Barbosa. organização: Vicente Barreto; apresentação: Ulysses Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

Barbosa, Rui. A lição dos dois acórdãos: estudo crítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de habeas-corpus contra atos do Poder Executivo. *In*: **Barbosa**, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 278-358. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 25, t. 4, 1898). Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/258. Acesso em: 17 jun. 2024.

Barroso, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 9, p. 258-301, abr. 2017. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621. Acesso em: 29 fev. 2024.

Bastos, Celso Ribeiro; Vargas, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Consulex*, v. 4, n. 44, p. 36-37, ago. 2000.

Brito, Daguinete Maria Chaves *et. al*. Conflitos socioambientais no século XXI. PRACS: revista de humanidades do curso de ciências sociais da UNIFAP, n. 4, p. 51-58, dez. 2011. Disponível em: https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/371. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brust, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. Revista Direito GV, v 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24325. Acesso em: 28 fev. 2024.

Bueno, Eduardo. *Brasil*: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2012.

Buzanello, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, p. 29-36, out./dez. 1997. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/288. Acesso em: 28 fev. 2024.

Fachin, Melina Girardi; Schinemann, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisprudência constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. DOI: https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247. Acesso em: 29 fev. 2024.

Fiss, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 29 fev. 2024.

Garapon, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Gargarella, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. Tradução: Ilana Aló. *In*: Vieira, José Ribas; Lacombe, Margarida; Legale, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional inter-*

nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. Disponível em: https://www.academia.edu/35764978/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_E_DIREITO_CONSTITUCIONAL_INTERNACIONAL_BH_EDITORA_F%C3%93RUM_2016. Acesso em: 17 jun. 2024.

Gil, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Lago, Laone. *Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023.

Lago, Laone. *Rui Barbosa e o* habeas corpus: o nascimento de uma doutrina. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.

Lago, Laone; MIRANDA, Napoleão; Madeira Filho, Wilson. Enquanto passa a boiada: uma necessária perspectiva ambiental emancipatória. *In*: Miranda, Napoleão; Madeira Filho, Wilson (org.). *Desenvolvimento insustentável*: conflitos socioambientais e capitalismo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. p. 271-296.

Latour, Bruno. *A esperança de Pandora*: ensaio sobre as realidades dos estudos científicos. Tradução: Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

Latour, Bruno. *Jamais fomos modernos*: ensaio de antropologia simétrica. 3. ed. Tradução: Carlos Ireneu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

Lopes, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito*: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Lopes, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Medina, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Melo, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 113-118, jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/562. Acesso em: 28 fev. 2024.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Nogueira, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*: momentos culminantes de sua vida profissional. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1996.

Rodrigues, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969)*: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

Serafim, Matheus Casimiro Gomes; Lima, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743. Acesso em: 29 fev. 2024.

Souza, Leandro Ricarte Castro de; Milanez, Bruno. Conflitos socioambientais, ecologia política e justiça ambiental: contribuições para uma análise crítica. *Perspectiva Geográfica*, v. 11, n. 14, p. 2-12, 2016. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/15568. Acesso em: 25 fev. 2024.

Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Tavares, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 171, p. 19-47, jun./set. 2006. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317. Acesso em: 29 fev. 2024.

Tribunal Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. *Consultor Jurídico*, 15 set. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/. Acesso em: 28 maio 2024.

Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Vianna, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547. Acesso em: 29 fev. 2024.

Vianna, Luiz Werneck *et al*. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Jurisprudência citada

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça. Andamento processual disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5757017. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO60Decisa771oaudie770nciapu769blica.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 6 de abril de 2022. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 29 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5988705&ext=RTF. Acesso em: 18 jun..2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=6001474&ext=RTF. Acesso em: 18 jun..2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautela na Ação Direita de Inconstitucionalidade 1063/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 1994. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801. Acesso em: 20 fev. 2024.

Colômbia. Corte Constitucional. *Sentença T-025/04*. Magistrado: Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 24 fev. 2024.

Estados Unidos. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)*. Chief of Justice: Warren, May 17, 1954. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/.

Estados Unidos. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955)*. Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294). Acesso em: 14 jun. 2024.

Estados Unidos. Supreme Court. *Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537*. Mr. Justice: Brown, May 18, 1896. Disponível em: https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson. Acesso em: 14 jun. 2024.

Legislação citada

Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

Brasil. Decreto n.º 791, de 10 de abril de 1892. Declara em estado de sitio o Districto Federal e suspende as garantias por 72 horas. *Coleção de Leis do Brasil*, v. 1, pt. 2, p. 173, 1892. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-norma-pe.html. Acesso em: 18 jun. 2024.

Brasil. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

A jurisdição constitucional norte-africana e médio-oriental pós-Primavera Árabe: entre a independência limitada e a jurisdição expandida[*]

Post–Arab Spring Constitutional Jurisdiction in North Africa and the Middle East: Between Limited Independence and Expanded Jurisdiction

HIDEMBERG ALVES DA FROTA[**]

SUMÁRIO: *Introdução. 1. A Primavera Árabe e as lentes do orientalismo: 1.1. A Primavera Árabe e os seus percursos não lineares. 2. A dimensão formal e constitucional do reformismo*

[*] Artigo acadêmico derivado de trabalho de conclusão da disciplina Primavera Árabe, no âmbito do Curso de Especialização As Relações Internacionais do Oriente Médio: sociedade(s), cultura(s) e política (PUC Minas). Agradecimento ao Prof. Dr. Rodrigo Ayupe Bueno da Cruz, pelo seu compromisso docente com a excelência acadêmica, por meio de cuidadosa seleção da bibliografia e preparo do plano e resumos de aula, bem como de aulas ministradas com apuro técnico e incentivo à participação discente, além da permanente disponibilidade para sanar dúvidas. Agradecimento ao Prof. Dr. Danny Zahreddine, cujo espírito generoso, agregador e visionário tornou possível o advento e a continuidade do referido Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

[**] Pós-Graduado em Política e Relações Internacionais (FAAP). Pós-Graduado em Psicologia Clínica na Perspectiva Fenomenológico-Existencial (IFEN/Faculdade Educamais). Pós-Graduado em Psicanálise e Análise do Contemporâneo (PUCRS). Pós-Graduado em Relações Internacionais: Geopolítica e Defesa (UFRGS). Pós-Graduado em Psicologia Clínica Existencialista Sartriana (NUCAFE/UNIFATECPR). Pós-Graduado em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário (PUCRS). Pós-Graduado em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia (PUCRS). Pós-Graduado em Direitos Humanos (Curso CEI/Faculdade CERS). Pós-Graduado em Direito Internacional e Direitos Humanos (PUC Minas). Pós-Graduado em Direito Público (Escola Paulista de Direito). Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia (PUCRS). Pós-Graduado em Direitos Humanos e Questão Social (PUCPR). Pós-Graduado em Psicologia Positiva: Ciência do Bem-Estar e Autorrealização (PUCRS). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Pós-Graduado em Direito Tributário (PUC Minas). Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (carreira jurídica de nível superior do MPAM).
E-mail: alvesdafrota@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-2009-6225

pós-Primavera Árabe: 2.1. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e a independência mitigada dos Tribunais Constitucionais; 2.2. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe: entre os modelos de órgão judiciário de cúpula e órgão autônomo situado fora dos Poderes de Estado; 2.3. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e a ampliação das hipóteses de acesso aos Tribunais Constitucionais: 2.3.1. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e os mecanismos de filtragem de arguições de inconstitucionalidade; 2.4. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e as funções ancilares dos Tribunais Constitucionais. Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo examina as transformações da jurisdição constitucional em Estados do Norte da África e do Oriente Médio após os eventos da Primavera Árabe, em um espectro situado entre a ampliação de uma independência institucional e funcional limitada e o alargamento das funções jurisdicionais e ancilares. A pesquisa, de caráter bibliográfico, fundamenta-se nos estudos de Francesco Biagi sobre constitucionalismo comparado e controle de constitucionalidade, complementados pela literatura especializada e fontes jurídicas primárias. O trabalho parte da crítica às lentes orientalistas que, no Ocidente, reduziram a Primavera Árabe a um episódio efêmero ou a um fracasso político, ignorando a sua natureza processual e não linear. Sustenta-se que os protestos e reivindicações sociais desencadearam percursos institucionais complexos com repercussões constitucionais ponderáveis, mormente no plano do Direito Constitucional Positivo.

Palavras-chave: constitucionalismo; controle de constitucionalidade; Primavera Árabe; Norte da África e Oriente Médio.

Abstract: This article examines the transformations of constitutional jurisdiction in North African and Middle Eastern states following the events of the Arab Spring, within a spectrum ranging from the expansion of a limited institutional and functional independence to the broadening of jurisdictional and ancillary functions. The research, of bibliographic character, is grounded in Francesco Biagi's studies on comparative constitutionalism and constitutional review, complemented by specialized literature and primary legal sources. The study begins with a critique of the Orientalist lenses which, in the West, reduced the Arab Spring to a fleeting episode or a political failure, disregarding its procedural and non-linear nature. It is argued that the protests and social claims triggered complex institutional trajectories with weighty constitutional repercussions, particularly within the realm of Positive Constitutional Law.

Keywords: constitutionalism; constitutional review; Arab Spring; North Africa and the Middle East.

Introdução

O presente artigo acadêmico tem como objetivo geral conhecer e analisar as transformações por que passou a jurisdição constitucional em Estados nacionais do Norte da África e do Oriente Médio afetados, de forma direta ou indireta, pelo conjunto de reivindicações, levantes e protestos sociais do começo dos anos 2010 comumente agrupados em torno do rótulo "Primavera Árabe".

Os objetivos específicos iniciais concernem a considerações preliminares sobre as deturpações das lentes do orientalismo acerca dos acontecimentos pertinentes à Primavera Árabe e a importância de compreender tal fenômeno, não como uma série de eventos efêmeros, e sim na condição de diversos processos históricos, sociais, políticos, jurídicos e institucionais em curso, compostos por marchas e contramarchas. Os objetivos específicos ulteriores, estes atinentes ao cerne da pesquisa, dizem respeito a conhecer e analisar a dimensão formal e constitucional do reformismo pós-Primavera Árabe, no tocante, no Norte da África e no Oriente Médio, (*a*) à independência mitigada dos Tribunais Constitucionais, (*b*) aos modelos em voga de órgãos colegiados jurisdicionais judiciais e extrajudiciais de fiscalização constitucional, (*c*) à ampliação das hipóteses constitucionais de acesso aos Tribunais Constitucionais, (*d*) à diversidade de mecanismos de filtragem de arguições de inconstitucionalidade e (*e*) às funções ancilares dos Tribunais Constitucionais.

Cuida-se de pesquisa do tipo bibliográfica, cujos referenciais teóricos primordiais radicam nas investigações desenvolvidas pelo constitucionalista e comparativista italiano Francesco Biagi (2021a, 2021b, 2025), docente de Direito Público Comparado do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Bolonha, no que se refere aos seus estudos acerca do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade, à luz do Direito Constitucional Comparado, na tessitura do Norte da África e do Oriente Médio, ao influxo dos acontecimentos da Primavera Árabe e dos desdobramentos jurídicos e institucionais subsequentes. Tais aportes doutrinais são complementados tanto pela literatura acadêmica especializada quer em Direito Constitucional Comparado, quer em temáticas de Relações Internacionais relacionadas com a Primavera Árabe, quanto pelas fontes jurídicas primárias, relativamente ao teor da legislação constitucional e infraconstitucional norte-africana e médio-oriental mencionada ao longo deste artigo.

1. A Primavera Árabe e as lentes do orientalismo

O que se convencionou chamar Primavera Árabe pode, de plano, ser retratado como um ciclo de reivindicações, levantes e protestos sociais que

se esvaziou ante o recrudescimento da violência sectária, do fundamentalismo islâmico e do autoritarismo estatal. Esse modo limitante de compreender os desdobramentos dos reclamos sociais e revoltas populares, na conjuntura norte-africana e médio-oriental dos primórdios da década de 2010, é reforçado, no imaginário ocidental, pelos acontecimentos posteriores atinentes à eclosão de guerras civis, na Síria, no Iêmen e na Líbia, ao advento do Estado Islâmico do Iraque e do Levante, à contínua paralisia institucional, no Líbano, à recidiva de autocracias laicas, no Egito e na Tunísia, à perpetuação de estruturas de poder opressivas, na Argélia e no Sudão, e à resiliência das monarquias, no Marrocos, na Jordânia e no Golfo Pérsico[1] (Gani, 2022; Ventura, 2016).

De fato, durante os eventos da Primavera Árabe, a preponderância, nas nações ocidentais, em particular em seus meios de comunicação social, nas redes sociais, no *establishment* político e na opinião pública, de estereótipos de cunho orientalista, dificultou a compreensão das situações fáticas, dos processos políticos, sociais, institucionais e econômicos e dos interesses geopolíticos e geoeconômicos em jogo. Ainda que houvesse, em parcela das sociedades civis ocidentais, a aspiração genuína de apoiar movimentos sociais árabes contra o autoritarismo estatal, ausentou-se a devida atenção ao fato de que a emancipação das coletividades norte-africanas e médio-orientais de estruturas de opressão implica o rompimento de laços residuais de caráter colonialista e imperialista, inclusive a ruptura com a subserviência a eventuais diretrizes e recomendações de potências ocidentais sobre quais as reformas institucionais democratizantes a serem priorizadas (Ventura, 2016).

Nesse diapasão, nota-se que, entre os ecos de uma colonialidade persistente, insere-se a postura de segmentos expressivos do mundo ocidental de condicionarem o seu beneplácito a movimentos cívicos e populares norte-africanos e médio-orientais à aderência a uma cartilha ocidentalizada em termos de concepções de direitos fundamentais e democracia. Conquanto discursos universalizantes de direitos humanos usufruam de tradicional acolhimento e celebração nas sociedades civis ocidentais, os atores internacionais e a opinião pública do Ocidente não prestam apoio incondicional às lutas e aos anseios dos povos do Norte da África, do Oriente Médio e do Sul Geopolítico, preferindo atrelar a sua chancela e engajamento ao que é conveniente, sob o ângulo dos seus próprios interesses nacionais, e prioritário, sob o seu prisma político, econômico e militar, podendo até contribuir para reprimir e esvaziar tais mobilização sociais, quando se evidencia a possibilidade de que deles surjam forças políticas antiocidentais (Ventura, 2016).

[1] Referido, usualmente, no mundo árabe, como Golfo Árabe ou Golfo Arábico, em consequência do nacionalismo árabe dos anos 1960 (Levinson, 2011).

A concepção orientalista acerca da Primavera Árabe fez com que, de modo precipitado, jornalistas, analistas e políticos ocidentais retratassem os acontecimentos do início dos anos 2010 como a inevitável chegada do tempo em que emergiria um fenômeno natural e evolucionista, na conjuntura norte-africana e médio-oriental, de imitação de parâmetros e percursos europeus e norte-americanos, em uma espécie de espelhamento de valores, princípios e regras constitucionais à moda ocidental, concernentes ao regime democrático e à centralidade dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos civis e nas liberdades públicas. No entanto, o contingente majoritário do mundo ocidental não atinou com a peculiaridade de que tais eventos dos albores dos anos 2010, no Norte da África e no Oriente Médio, longe de serem eflúvios de ondas renovatórias eurocêntricas ou americanistas, foram frutos da capacidade e da disposição dos povos norte-africanos e médio-orientais de serem artífices da tutela de si mesmos, no bojo de processos endógenos e de longo prazo de reivindicações sociais de base e mobilizações populares cívicas (Gani, 2022).

A avaliação açodada, por exemplo, de comentaristas políticos e autoridades ocidentais, ao pensarem e descreverem as revoltas populares norte-africanas e médio-orientais da época, por meio de lentes orientalistas, buscando simplificar tais fenômenos e etiquetá-los, ao sabor de lógicas binárias (tais quais, democracia *versus* autoritarismo, liberdade *versus* opressão e autocratas pró-Ocidente *versus* movimentos islamistas antiocidentais), redundou na construção de uma narrativa orientalista de que os sopros de esperança de uma Primavera Árabe do biênio 2010-2011 se convolaram, a partir de 2012, no pesadelo de um Inverno Árabe marcado, na visão ocidental, consoante acentuado em linhas antecedentes, pela expansão do fundamentalismo islâmico, pelo caos social e pelo recrudescimento de autocracias. Esses fatores, conjugados com o juízo de conveniência de governos ocidentais, ao apoiarem regimes autoritários associados a elites políticas, econômicas e complexos industriais e militares de nações do Norte Geopolítico, foram determinantes para que, de 2013 em diante, sociedades e Estados ocidentais passassem a abandonar, boicotar ou ignorar as mobilizações coletivas por transformações sociais, econômicas, institucionais, políticas e constitucionais no Norte da África e no Oriente Médio (Gani, 2022).

1.1. A Primavera Árabe e os seus percursos não lineares

Nesse sentido, as mobilizações populares do início dos anos 2010, no Norte da África e no Oriente Médio, resultaram na deflagração de percursos complexos e não lineares de mudanças institucionais, jurídicas, políticas e sociais. Essas marchas e contramarchas produziram ondas de renovação à primeira vista fuga-

zes, a espargirem, contudo, efeitos duradouros que frequentemente escapam ao olhar da opinião pública do Ocidente, ainda norteado por uma perspectiva orientalista que acalentava uma transição célere para democracias liberais nos moldes ocidentais e, na sua ausência, vaticinou, por antecipação, o malogro desses eventos que, na verdade, concernem, conforme atrás ressaltado, a um conjunto de processos históricos, sociais, políticos, jurídicos e institucionais em andamento. Uma dessas repercussões de longo prazo, apesar de ambígua e não uniforme, pode ser observada na esfera do constitucionalismo e, mais especificamente, na gênese, reforma e/ou implementação, em Estados norte-africanos e médio-orientais, de órgãos e mecanismos de controle de constitucionalidade (Biagi, 2021a, 2025; Gani, 2022; Ventura, 2016).

Em outras palavras, uma das maneiras de aquilatar as ressonâncias perenes da Primavera Árabe e o campo de possibilidades que ela introduziu reside em perquirir quais mudanças que a partir dela vieram a lume no plano constitucional, tais quais as transformações verificadas na seara do controle de constitucionalidade, a despeito dessas inovações serem por vezes vistas como progressos modestos e oscilantes, sobretudo se contrastados com as elevadas expectativas iniciais de parcela da opinião pública, do meio jornalístico, da comunidade acadêmica e dos atores internacionais do Ocidente de que a Primavera Árabe seria um conjunto de metamorfoses revolucionárias a solaparem regimes autocráticos e edificarem, sob os seus escombros, de forma expedita, democracias a espelharem tradições ocidentais de liberalismo político e laicidade.

Para que pesquisas dessa ordem sejam desenvolvidas, mostra-se indispensável ter em mira a diversidade das experiências institucionais e constitucionais dos Estados nacionais de maioria árabe e muçulmana que foram atravessados, em maior ou menor medida, pelos efeitos dessas reivindicações coletivas, protestos sociais e revoltas populares da primeira metade da década de 2010. Isso implica levar em conta peculiaridades que destoam do senso comum orientalista de que a Primavera Árabe seria um panorama efêmero e homogêneo, já exaurido. É preciso também ter em mente que houve, com distintas tonalidades, avanços no plano da institucionalidade e da ordem constitucional, na conjuntura norte-africana e médio-oriental, ainda que, em geral, mitigados e ofuscados pela persistência da elevada concentração de poderes em torno do Chefe de Estado.

2. A dimensão formal e constitucional do reformismo pós-Primavera Árabe

Diante dos acontecimentos políticos e sociais relacionados com a Primavera Árabe, os regimes políticos dos Estados norte-africanos e médio-orientais, seja

os que sobreviveram aos reclamos sociais e levantes, seja os que ascenderam em meio às mobilizações populares, apostaram em reformas de diferentes níveis de intensidade e efetividade que prestigiaram, entre outras, as instâncias estatais de revisão constitucional. Essa foi uma das estratégias de que lançaram mão para fomentar ou robustecer a sua legitimidade popular e demonstrar sintonia com a demanda social por mudanças institucionais, mormente no que se refere à construção de um Estado de Direito com alicerces democráticos, à aderência a padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, ao estabelecimento de mecanismos de controle dos Poderes de Estado e à observância, pelo aparato estatal, do devido processo decisório de bases constitucionais. Tal faceta das reformas encetadas ao influxo da Primavera Árabe manifestou-se, principalmente, na seara do formalismo jurídico, centrado no Direito Constitucional Positivo ou Prescritivo (esfera da normatividade jurídico-constitucional), e menos na concretude das relações do poder, do funcionamento cotidiano das instituições e das dinâmicas da coexistência social (esfera da facticidade, em suas emanações políticas, institucionais e sociais) (Biagi, 2021a, 2025).

Entre os reflexos mais visíveis da Primavera Árabe, no campo do controle de constitucionalidade, destaca-se a criação pioneira de Tribunais Constitucionais, na Jordânia, em 2012, e, na Palestina, em 2016, a previsão, no Projeto de Constituição de 2017 da Líbia, de um Tribunal Constitucional, o fortalecimento, no plano da normatividade constitucional argelina, kuwaitiana, marroquina e tunisiana, da relevância institucional e jurídica das respectivas Cortes Constitucionais e a manutenção da elevada influência política e estatura institucional do Supremo Tribunal Constitucional egípcio (Biagi, 2021a, 2021b, 2025).

2.1. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e a independência mitigada dos Tribunais Constitucionais

Em tal cenário, outro aspecto dessa dimensão formal e constitucional do reformismo, no bojo da Primavera Árabe, residiu na edição de normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) destinadas ao fortalecimento, de maneira limitada, da independência de órgãos de fiscalização de constitucionalidade. É o caso do artigo 137 do Projeto de 2017 de uma nova Constituição para a Líbia[2],

[2] Com efeito, o artigo 137 do Projeto Constitucional sírio de 2017, em sua redação derradeira datada de 16 de abril daquele ano, vislumbrou a instituição de "um Tribunal Constitucional, dotado de personalidade jurídica e de *independência administrativa e financeira*" (Síria, 2017, tradução livre nossa, grifos nossos).

assim como do artigo 140 da Constituição síria de 2012[3] (Biagi, 2021a, 2025; Líbia, 2017; Síria, 2012). Pode-se enumerar, demais disso, as experiências constitucionais argelina, egípcia e tunisiana pós-Primavera Árabe:

1. A Constituição argelina de 1989, reinstituída em 1996, em sua redação final de 2016, com retrocessos parciais na Constituição argelina de 2020. Com efeito, comparando-se o artigo 183 da Constituição argelina de 1989[4], reinstituída em 1996 e objeto das revisões constitucionais de 2002, 2008 e 2016, entre outras alterações, com o artigo 186 da Constituição argelina de 2020[5], conclui-se que, conquanto o Tribunal Constitucional tenha substituído o Conselho Constitucional, em prol de um modelo mais autônomo de jurisdição constitucional, suprimiu-se a prerrogativa das Câmaras Alta e Baixa do Parlamento elegerem, entre os seus pares, integrantes da Corte Constitucional. Reduziu-se, ainda, pela metade, o quantitativo de membros de tal Sodalício recrutados das fileiras do Supremo Tribunal e do Conselho de Estado, mediante eleição

[3] Nesse diapasão, dispunha o artigo 140 da Constituição síria de 2012: "Artigo 140 O Supremo Tribunal Constitucional é um *órgão jurisdicional independente* sediado em Damasco" (Síria, 2012, tradução livre nossa, grifos nossos). O Decreto Presidencial n.º 127 de 2022, assinado em 15 de maio de 2022 e em vigor a partir de 16 de maio de 2022, citado por Biagi (2025) como desdobramento desse processo gradual de promoção da independência do Supremo Tribunal Constitucional sírio, ainda que limitado ao plano formal (sem consequências maiores no plano da efetividade fática), (*a*) reconduziu o advogado Muhammad Jihad al-Lahham ao cargo de Presidente do Supremo Tribunal Constitucional (artigo 1.º), (*b*) reconduziu, igualmente, os outros seis membros prévios daquela Corte Constitucional, é dizer, os dois membros da magistratura, os Juízes Ruslan Ali Traboulsi e Malik Kamal Sharaf, os dois juristas com grau de doutorado, Dra. Jamila Muslim Al-Sharbaji e Dr. Saeed Abdul Wahid Nahili, e os dois integrantes da advocacia, os Advogados Majed Rashid Khadra e Mu'tasim Skiker (artigo 2.º), e nomeou quatro novos membros para aquele Tribunal, isto é, o Sr. Fares Melhem Satouf, o Juiz Dibo Abdel Salam Shehadeh, a Juíza Maysaa Anwar Al-Mahrous e o Juiz Wissam Badih Yazbek (artigo 3.º) (Síria, 2022, tradução livre nossa).

[4] Cumpre citar, nesse aspecto, estes trechos do artigo 183 da pretérita Constituição argelina em sua redação final de 2016: "Artigo 183 O Conselho Constitucional é composto por 12 (doze) membros: 4 (quatro) designados pelo Presidente da República, incluindo o Presidente e o Vice-Presidente do Conselho*; 2 (dois) eleitos pela Assembleia Popular Nacional; 2 (dois) eleitos pelo Conselho da Nação; 2 (dois) eleitos pelo Supremo Tribunal; e 2 (dois) eleitos pelo Conselho de Estado* [...]" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

[5] Convém transcrever a respeito estas passagens do artigo 186 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 186 – O Tribunal Constitucional é composto por 12 (doze) membros: – 4 (quatro) designados pelo Presidente da República, incluindo o Presidente do Tribunal; – 1 (um) eleito pelo Supremo Tribunal entre os seus membros, e 1 (um) eleito pelo Conselho de Estado entre os seus membros; – 6 (seis) eleitos por sufrágio entre os professores de direito constitucional. O Presidente da República determinará as condições e modalidades de eleição destes membros [docentes de direito constitucional] [...]" (Argélia, 2020, tradução livre nossa).

por pares[6]. A par disso, ampliaram-se os poderes do Presidente da República, a quem, na atualidade, cabe, pois, definir o modo de eleição de metade da Corte Constitucional, ou seja, dos seis assentos reservados a docentes da área de Direito Constitucional (Argélia, 2016, 2020; Biagi, 2021a, 2021b, 2025).

2. As Constituições egípcias de 2012 e de 2014, com retrocessos parciais na Reforma Constitucional egípcia de 2019. Diante do cotejo entre, de um lado, o artigo 176 da Constituição egípcia de 2012[7] e, principalmente, o artigo 193 da Constituição egípcia de 2014[8], e, de outro lado, o artigo 193, em sua redação entalhada pela Reforma Constitucional egípcia de 2019[9], depreende-se que o novo processo de seleção dos membros do Supremo Tribunal Constitucional esvaziou o protagonismo proporcionado a sua Assembleia-Geral, sob a égide da

[6] Consoante se percebe mediante o cotejo entre os artigos 183 da Constituição argelina anterior e 186 da Constituição argelina contemporânea, ambos atrás transcritos, na atualidade somente um membro do Tribunal Constitucional da Argélia (em vez de dois membros do Conselho Constitucional, na vigência da Constituição pretérita) será oriundo do Supremo Tribunal, escolhido mediante eleição entre os integrantes de tal Corte Superior da Justiça Comum. Dentro dessa mesma lógica de recrutamento eleitoral, apenas um membro do Tribunal Constitucional (em vez de dois membros do Conselho Constitucional, na vigência da Constituição anterior) será proveniente das fileiras do Conselho de Estado, por meio de eleição entre os integrantes de tal Corte Superior da Justiça Administrativa (Argélia, 2016, 2020).

[7] Artigo 176 da Constituição egípcia de 2012: "Artigo 176 O Supremo Tribunal Constitucional é composto por um presidente e por dez membros. A lei estipulará os órgãos judiciais ou outros órgãos que os indicarão e regerá a forma da sua nomeação e os requisitos a serem por eles satisfeitos. As nomeações são efetuadas por decreto do Presidente da República" (Egito, 2012, tradução livre nossa).

[8] Artigo 193 da Constituição egípcia de 2014: "Artigo 193 O [Supremo] Tribunal [Constitucional] é composto por um Presidente e um número suficiente de Vice-Presidentes. Os Comissários do Supremo Tribunal Constitucional terão um Presidente e um número suficiente de Presidentes de Comissões, Conselheiros e Conselheiros-Assistentes. *A Assembleia-Geral do Tribunal elegerá o seu Presidente entre os três Vice-Presidentes mais antigos do Tribunal. Elegerá igualmente os Vice-Presidentes e os membros do seu Corpo de Comissários*, cuja nomeação será efetuada por meio de decreto do Presidente da República. O disposto neste artigo será regulamentado por lei" (Egito, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[9] Artigo 193 da Constituição egípcia insculpido pela Reforma Constitucional egípcia de 2019: "Artigo 193 Composição O Tribunal é constituído por um Presidente e por um número suficiente de Vice-Presidentes. O Corpo de Comissários do Supremo Tribunal Constitucional é composto por um Presidente e por um número suficiente de Presidentes de Seções, Conselheiros e Conselheiros-Assistentes. O *Presidente da República escolherá* o Presidente do Tribunal Constitucional entre os cinco Vice-Presidentes mais antigos do Tribunal. O *Presidente da República também nomeará* o Vice-Presidente do Tribunal, a ser selecionado entre dois candidatos, um dos quais será indicado pela Assembleia-Geral do Tribunal, e o outro será indicado pelo Presidente do Tribunal. O Presidente do Corpo de Comissários e seus membros serão nomeados por *decisão do Presidente da República*, com base na indicação do Presidente do Tribunal e após consulta à Assembleia-Geral do Tribunal, tudo conforme prescrito em lei" (Egito, 2019, tradução livre nossa, grifos nossos).

ordem constitucional de 2014, e favoreceu a concentração de poderes em torno do Presidente da República (Biagi, 2021a, 2025; Egito, 2012, 2014, 2019).

3. A Constituição tunisiana de 2014, com retrocessos parciais na Constituição tunisiana de 2022. Mediante o cotejo entre o artigo 118 da Constituição tunisiana de 2014[10] e o artigo 125 da Constituição tunisiana de 2022[11], infere-se que o processo de seleção dos membros do Tribunal Constitucional, antes distribuído, de forma equânime, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, passou a também se concentrar no âmbito do Chefe de Estado, na medida em que o Presidente da República tornou-se competente, por meio da edição de decreto, para escolher os membros do Tribunal Constitucional entre os integrantes mais graduados e antigos do Tribunal de Cassação, do Tribunal Administrativo e do Tribunal de Contas (Biagi, 2021a, 2025; Tunísia, 2014, 2022).

2.2. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe: entre os modelos de órgão judiciário de cúpula e órgão autônomo situado fora dos Poderes de Estado

Depois da Primavera Árabe, o Egito e a Síria mantiveram os seus Tribunais Constitucionais na intimidade do Poder Judiciário, seguidos pela Tunísia,

[10] Artigo 118 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 118 O *Tribunal Constitucional é um órgão judicial independente*, composto por 12 membros de competência reconhecida, três quartos dos quais especialistas em direito com pelo menos 20 anos de experiência. O Presidente da República, a Assembleia dos Representantes do Povo e o Conselho Superior da Magistratura nomearão, cada um, quatro membros, sendo que três quartos destes devem ser especialistas em direito. A nomeação é para um único mandato de nove anos. Um terço dos membros do Tribunal Constitucional será renovado a cada período de três anos. Qualquer vaga no Tribunal será preenchida de acordo com o processo de nomeação, tendo em conta a entidade nomeante e as áreas de especialização relevantes. Os membros do Tribunal elegem, entre os seus membros especialistas em direito, um Presidente e um Vice-Presidente do Tribunal" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[11] Artigo 125 da Constituição tunisiana de 2022: "Capítulo VI – O Tribunal Constitucional Art. 125 – *O Tribunal Constitucional é uma instância jurisdicional independente*, composta por nove membros nomeados por decreto. O primeiro terço dos membros é composto pelos Presidentes de Câmaras de maior antiguidade do Tribunal de Cassação; o segundo terço é composto pelos Presidentes de Câmaras de Cassação ou de Câmaras Consultivas de maior antiguidade do Tribunal Administrativo; e o último terço é composto pelos membros de maior antiguidade do Tribunal de Contas. Os membros do Tribunal Constitucional elegem, entre si, um Presidente e um Vice-Presidente, nas condições estabelecidas pela lei. Quando um membro atingir a idade da aposentadoria, será sistematicamente substituído pelo membro seguinte em [ordem de] antiguidade, desde que o mandato restante não seja, em caso algum, inferior a um ano" (Tunísia, 2022, tradução livre nossa, grifos nossos).

enquanto a Argélia e o Marrocos optaram por Cortes Constitucionais autônomas, isto é, situadas fora das estruturas dos Poderes de Estado, o que também se aventou para a Líbia (Egito, 2007, 2019; Síria, 1973, 2012, 2025; Tunísia, 2014, 2022).

Com efeito, o artigo 191 da Constituição egípcia de 2014[12], correspondente ao artigo 175 da Constituição egípcia de 2012[13] e ao artigo 174 da Constituição egípcia de 1971, em sua redação alterada, pela última vez, em 2007[14], conferiu ao Supremo Tribunal Constitucional do Egito estatura de "órgão judicial independente e autônomo" (Egito, 2014, tradução livre nossa) (Egito, 2007, 2012, 2014).

Apesar do artigo 47 da Constituição Interina síria de 2025[15] haver não só determinado a extinção do Supremo Tribunal Constitucional pretérito, como também a alvorada de um novo Supremo Tribunal Constitucional, manteve a vindoura Corte Constitucional na estrutura do Poder Judiciário, ao situá-la na Seção III[16] ("Da Autoridade Judicial") do Capítulo III ("Do Sistema de Governo durante a Fase de Transição") dessa Carta Magna temporária, de sorte que ela restou alocada no compartimento da Constituição síria *pro tempore* de 2025 específico dos órgãos públicos que constituem espécies do gênero Auto-

[12] Artigo 191 da Constituição egípcia de 2014: "Artigo 191 O *Supremo Tribunal Constitucional é um órgão judiciário autônomo e independente*, com sede na cidade do Cairo. No entanto, em casos de emergência, poderá, mediante aprovação da sua Assembleia-Geral, realizar suas sessões em outro local no Egito. O Tribunal terá orçamento próprio, cujos componentes serão integralmente examinados pela Câmara dos Deputados. Após a sua aprovação, esse orçamento será incluído no orçamento do Estado em uma única rubrica orçamentária. A Assembleia-Geral do Tribunal administrará seus assuntos e deverá ser consultada sobre projetos de lei relativos às suas competências" (Egito, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[13] Artigo 175 da Constituição egípcia de 2012: "Artigo 175 O Supremo Tribunal Constitucional é um *órgão judicial independente*, sediado no Cairo, que exerce exclusivamente o controle judicial da constitucionalidade das leis e regulamentos. A lei definirá as demais competências e regerá os procedimentos a serem observados perante o Tribunal" (Egito, 2012, tradução livre nossa, grifos nossos).

[14] Artigo 174 da Constituição egípcia de 1971, em sua redação final de 2007: "Artigo 174 O Supremo Tribunal Constitucional é um *órgão judiciário independente, com personalidade jurídica própria*, na República Árabe do Egito, possuindo sede na cidade do Cairo" (Egito, 2007, tradução livre nossa, grifos nossos).

[15] Artigo 47 da Constituição Interina síria de 2025: "Artigo 47 – Supremo Tribunal Constitucional 1. Será dissolvido o atual Supremo Tribunal Constitucional e *instituído um novo Supremo Tribunal Constitucional*. 2. O [novo] Supremo Tribunal Constitucional será composto por sete membros, nomeados pelo Presidente da República, devendo cada um deles reunir integridade, competência e experiência. Os seus mecanismos de funcionamento e competências serão regidos por lei" (Síria, 2025, tradução livre nossa, grifos nossos).

[16] Adotaram-se algarismos romanos, na tradução livre nossa de Títulos, Seções, Capítulos e Partes de Constituições estrangeiras, em adaptação à legística brasileira.

ridade Judicial. A Constituição Interina de 2025 prosseguiu, portanto, com a tradição constitucional síria de posicionar a Corte Constitucional como integrante do Poder Judiciário. Nesse sentido, o atrás reproduzido artigo 140 da Constituição síria de 2012 conferia, de forma expressa, ao Supremo Tribunal Constitucional natureza de órgão judicial independente. Em sentido similar, dispunha a Constituição síria de 1973, cujos dispositivos acerca do Supremo Tribunal Constitucional figuravam na Parte II (artigos 139 a 148) do seu Capítulo III, pertinente à Autoridade Judicial (Síria, 1973, 2012, 2025).

Em consonância com o Direito Constitucional Positivo do Egito e da Síria, atrás referido, o precitado artigo 125 da Constituição tunisiana de 2022, correspondente ao também atrás citado artigo 118 da Constituição tunisiana de 2014, atribui ao Tribunal Constitucional da Tunísia cariz de órgão judicial independente (Egito, 2007, 2012, 2014; Síria, 1973, 2012, 2025; Tunísia, 2014, 2022).

Já o Título IV da Constituição argelina de 2020 inclui, no rol das Instituições de Controle, o Tribunal Constitucional (Capítulo I, artigos 185 a 198), ladeado pelo Tribunal de Contas (Capítulo II, artigo 199), pela Autoridade Nacional Independente das Eleições[17] (Capítulo III, artigos 200 a 203) e pela Alta Autoridade para a Transparência, Prevenção e Combate à Corrupção (Capítulo IV, artigos 204 a 205) (Argélia, 2020).

Por sua vez, a Constituição marroquina de 2011 reservou ao Poder Judiciário o seu Título VII (artigos 107 a 128), seguido do Título VIII (artigos 129 a 134), destinado, a seu turno, ao Tribunal Constitucional do Marrocos. Cuida-se, pois, de jurisdição constitucional exercida em âmbito externo ao Poder Judiciário, de molde autônomo, o que é corroborado pela posterior Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Marrocos de 2013 (Lei Orgânica n.º 066-13), a qual, de forma explícita, em seu artigo 5.º[18], preceitua que o exercício da função de membro do Tribunal Constitucional é incompatível, entre outras hipóteses, com a de membro do Conselho Superior do Poder Judiciário (Marrocos, 2011, 2013).

[17] Outra tradução possível, imbuída de maior afinação com a atmosfera linguística lusófona, ainda que mais distante da literalidade, seria Autoridade Eleitoral Nacional Independente.

[18] Artigo 5.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Marrocos de 2013 (Lei Orgânica n.º 066-13): "Artigo 5.º *O cargo de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com o de membro do Governo, da Câmara dos Representantes, da Câmara dos Conselheiros, do Conselho Superior do Poder Judiciário, do Conselho Econômico, Social e Ambiental, ou de qualquer órgão ou instituição previstos no Título XII da Constituição*. É igualmente incompatível com o exercício de qualquer outra função pública ou mandato público eletivo, bem como com qualquer emprego remunerado em sociedade comercial, e com o desempenho de funções remuneradas por Estado estrangeiro, organização internacional ou organização internacional não governamental" (Marrocos, 2013, tradução livre nossa, grifos nossos).

Com similar propósito de propiciar à Corte Constitucional autonomia diante dos Poderes de Estado, o Projeto de Constituição de 2017 da Líbia (à semelhança sobretudo da Constituição marroquina de 2011, atrás citada), na sua redação final de 16 de abril daquele ano, encastoou as normas reitoras do Tribunal Constitucional em um capítulo próprio (Capítulo V, artigos 137 a 143), distinto e posterior àquele específico dos órgãos que compõem a Autoridade Judicial (Capítulo IV, artigos 120 a 136) (Líbia, 2017).

Cuida-se de um conjunto de processos de modificação do perfil institucional e da topografia constitucional de órgãos de controle de constitucionalidade, com o afastamento progressivo de modelos vinculados à estrutura do Poder Executivo e da Administração Pública, em prol de uma jurisdição constitucional corporificada em um órgão de cúpula e instância jurisdicional máxima do Poder Judiciário, ou em um órgão jurisdicional autônomo e estranho à estrutura organizacional dos Poderes de Estado.

O primeiro modelo de jurisdição constitucional acima referido, a que aderiram as Constituições síria e egípcia de 2012, as Constituições egípcia e tunisiana de 2014, a Constituição Interina síria de 2025 e a Constituição tunisiana de 2022, mostra similitude parcial com o formato de Suprema Corte de matriz norte-americana, isto é, no que se refere a se conferir ao Poder Judiciário, como Poder de Estado independente, o exercício, por meio de uma instância judiciária superior, da jurisdição constitucional (Egito, 2012; Síria, 2012, 2025; Tunísia, 2014, 2022).

Já o segundo modelo de jurisdição constitucional atrás especificado, abraçado pela Constituição argelina de 2020, pela Constituição marroquina de 2011, pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Marrocos de 2013 e pelo Projeto de Constituição de 2017 da Líbia, aproxima-se, em certa medida, do modelo de jurisdição constitucional autônoma originalmente divisado pelo jusfilósofo, constitucionalista e cientista político Hans Kelsen (1881-1973) para a Corte Constitucional austríaca, no período de 1918 a 1929, na medida em que o Tribunal Constitucional, de acordo com o feitio vislumbrado nos contextos argelino, marroquino e líbio, constitui órgão autônomo e externo aos Poderes de Estado e à Administração Pública, sem consistir em uma instância jurisdicional superior nem da Justiça Comum nem da Justiça Administrativa (Argélia, 2020; Líbia, 2017; Marrocos, 2011, 2013; Biagi, 2021a, 2021b, 2025; Lagi, 2021; Jamal, 2025).

Na Argélia, as instâncias jurisdicionais máximas de âmbito judicial e administrativo são corporificadas, respectivamente, no Supremo Tribunal e no Conselho de Estado (artigo 179 da Constituição argelina de 2020[19]). Já no

[19] Artigo 179 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 179 – O *Supremo Tribunal* constitui o órgão regulador da atividade dos *demais órgãos da jurisdição comum*. O *Conselho de Estado* constitui o órgão

Marrocos, o Tribunal de Cassação, identificado no artigo 115 da Constituição marroquina de 2011[20], correspondente ao antigo Supremo Tribunal, é o órgão superior da Justiça Comum, tendo como principal competência jurisdicional a função de guardião da adequada interpretação e aplicação da legislação, ressalvadas as matérias constitucionais e administrativas e sem o reexame de questões fáticas, ao passo que o Tribunal de Cassação Administrativo consubstancia a instância suprema da Justiça Administrativa, implicitamente referida pelo artigo 114 da Constituição marroquina de 2011[21], ao mencionar "a mais alta jurisdição administrativa do Reino" (tradução livre nossa). Por outro lado, de acordo com o Projeto de Constituição da Líbia de 2017, em sua redação final de 16 de abril de tal ano, competiria ao Tribunal de Cassação (artigo 129[22]) atuar como instância de anulação (cassação) de decisões dos Tribunais de Apelação, o que implicaria funcionar, à semelhança da Corte de Cassação marroquina, como órgão jurisdicional superior a zelar pela escorreita interpretação e aplicação do direito e sem a reapreciação de provas (Argélia, 2020; Líbia, 2017; Marrocos, 2011, 2013; Biagi, 2021a, 2021b, 2025; Lagi, 2021; Jamal, 2025).

regulador da atividade dos tribunais administrativos de segunda instância, dos tribunais administrativos de primeira instância e *demais órgãos jurisdicionais administrativos*. O Supremo Tribunal e o Conselho de Estado asseguram a *uniformização da jurisprudência em todo o território nacional e zelam pelo respeito à lei*. O Tribunal de Conflitos dirime os conflitos de competência entre a jurisdição da ordem judicial e a jurisdição da ordem administrativa. A organização, o funcionamento e as atribuições do Supremo Tribunal, do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos serão estabelecidos por lei orgânica" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[20] Artigo 115 da Constituição marroquina de 2011: "Artigo 115 O Conselho Superior do Poder Judiciário é presidido pelo Rei. Este Conselho compõe-se de: – O Primeiro Presidente do Tribunal de Cassação, na qualidade de Vice-Presidente Delegado; – O Procurador-Geral do Rei junto ao *Tribunal de Cassação*; – O Presidente da Primeira Câmara do *Tribunal de Cassação*; – Quatro representantes dos magistrados dos Tribunais de Apelação, eleitos por seus pares; – Seis representantes dos magistrados dos Tribunais de Primeira Instância, eleitos por seus pares, devendo ser garantida a representatividade das magistradas entre os membros eleitos referidos, de forma proporcional à sua presença no corpo judicial; – O Mediador; – O Presidente do Conselho Nacional de Direitos Humanos" (Marrocos, 2011, tradução livre nossa, grifos nossos).

[21] Artigo 114 da Constituição marroquina de 2011: "Artigo 114 As decisões de natureza individual, proferidas pelo Conselho Superior do Poder Judicial, são passiveis de recurso por excesso de poder, perante a *mais alta jurisdição administrativa do Reino*" (Marrocos, 2011, tradução livre nossa, grifos nossos).

[22] Artigo 129 do Projeto de Constituição da Líbia de 2017, em sua redação final de 16 de abril de tal ano: "Artigo 129 O *Tribunal de Cassação* será composto por um Presidente, um Vice-Presidente e um número suficiente de Conselheiros, em nível não inferior ao de Presidente de Tribunal de Apelação ou equivalente. Todos serão escolhidos pela Assembleia-Geral e nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura. O Presidente e o Vice-Presidente serão escolhidos entre os três magistrados mais antigos da Assembleia-Geral" (Líbia, 2017, tradução livre nossa, grifos nossos).

2.3. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e a ampliação das hipóteses de acesso aos Tribunais Constitucionais

Ademais, após a Primavera Árabe, ampliou-se, na Argélia (Constituição de 2020) e na Tunísia (Constituições de 2014 e 2022), com gradações diferentes, o rol de órgãos estatais legitimados a provocar as respectivas Cortes Constitucionais (Argélia, 2016, 2020; Biagi, 2021a, 2021b, 2025; Tunísia, 2014, 2022).

Nesse palmilhar, percebe-se que, de acordo com o artigo 187 da Constituição argelina de 1989, reinstituída em 1996 e objeto das revisões constitucionais de 2002, 2008 e 2016[23], entre outras alterações, o então Conselho Constitucional poderia ser instado pelo Chefe de Estado (Presidente da República), pelo Chefe de Governo (Primeiro-Ministro), pelo Chefe da Câmara Baixa do Parlamento (Presidente da Assembleia Nacional Popular) ou pelo Chefe da Câmara Alta do Parlamento (Presidente do Conselho da Nação), assim como por cinquenta membros da ANP ou trinta membros do CN. Já sob a égide do artigo 193 da Constituição argelina de 2020[24], a minoria parlamentar pode, atualmente, arregimentar entre as suas fileiras um quantitativo mínimo menor de peticionários, para que possa exercer o direito de petição coletiva perante o agora Tribunal Constitucional. Posto de outra forma: na atualidade, para que a minoria parlamentar argelina possa provocar a jurisdição constitucional, deverá colher a assinatura de ao menos quarenta parlamentares integrantes da Assembleia Nacional Popular, e não mais cinquenta, ou de ao menos vinte e cinco parlamentares integrantes do Conselho da Nação, e não mais trinta (Argélia, 2016, 2020).

Na Tunísia, o artigo 72 da sua Constituição de 1959, emendada em 1965, 1967, 1969, 1975, 1976, 1981, 1988, 1993, 1995, 1997, 1998, 2002 (Reforma

[23] Artigo 187 da Constituição argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016: "Artigo 187 – O Conselho Constitucional será provocado pelo *Presidente da República, pelo Presidente do Conselho da Nação, pelo Presidente da Assembleia Popular Nacional ou pelo Primeiro-Ministro*. Poderá ainda ser provocado por *50 (cinquenta) Deputados ou 30 (trinta) membros do Conselho da Nação*. O exercício da provocação enunciada nos dois parágrafos anteriores não se estenderá à arguição de inconstitucionalidade prevista no artigo 188 abaixo" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

[24] Artigo 193 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 193 – O Tribunal Constitucional poderá ser provocado pelo *Presidente da República, pelo Presidente do Conselho da Nação, pelo Presidente da Assembleia Popular Nacional, ou pelo Primeiro-Ministro ou Chefe do Governo*, conforme o caso. Poderá igualmente ser provocado por *40 (quarenta) Deputados ou 25 (vinte e cinco) membros do Conselho da Nação*. O exercício da ação direta prevista nos dois parágrafos anteriores não se estenderá à exceção de inconstitucionalidade prevista no artigo 195 abaixo" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

Constitucional via referendo) e 2008[25], franqueava tão só ao Presidente da República a legitimidade para acionar o então Conselho Constitucional (Biagi, 2021a, 2025; Tunísia, 1959, 2008a, 2008b).

Todavia, na Constituição tunisiana de 2014, o elenco de legitimados ao ajuizamento de ações constitucionais, no âmbito do Tribunal Constitucional (nunca instalado até hoje), alargou-se, de forma significativa, e, demais disso, diversificou-se o feixe de matérias passíveis de exame e pronunciamento pela Corte Constitucional, mantendo, entretanto, o Presidente da República o maior protagonismo do ponto de vista temático e do leque de remédios constitucionais a ele disponibilizado. Reservou-se tanto ao Chefe de Estado (Presidente da República) quanto ao Chefe de Governo (Primeiro-Ministro) a faculdade de suscitar, perante o Tribunal Constitucional, quer incidentes de resolução de conflito de poderes entre ambos (artigo 101 da Constituição tunisiana de 2014[26]), quer ações de controle preventivo da constitucionalidade de projetos de lei (artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014[27]), as quais, a seu turno, passaram a ser ajuizáveis também por coletivos de membros do Poder Legislativo, acaso presente o quantitativo mínimo de trinta deputados (membros da

[25] Colacionam-se, adiante, as passagens de maior relevância do supracitado artigo 72 da Constituição tunisiana de 1959, em sua redação final de 2008: "[...] CAPÍTULO IX DO CONSELHO CONSTITUCIONAL Artigo 72 O Conselho Constitucional *examina os projetos de lei que lhe são submetidos pelo Presidente da República para aferir a sua conformidade ou compatibilidade com a Constituição. A submissão é obrigatória para os Projetos de Lei Institucionais, para os Projetos de Lei referidos no artigo 47 da Constituição, bem como para os Projetos de Lei relativos às modalidades gerais de aplicação da Constituição, nacionalidade, estado civil, obrigações, determinação de crimes e contravenções e as penas que acarretam, o processo perante os diferentes tribunais, anistia, os princípios fundamentais do direito da propriedade e dos direitos reais, educação, saúde pública, direito do trabalho e segurança social. O Presidente da República também deve remeter obrigatoriamente ao Conselho Constitucional os tratados referidos no artigo 2.º da Constituição*. [...] (Tunísia, 2008a, 2008b, tradução livre nossa, grifos nossos).

[26] Dispunha o artigo 101 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 101 Qualquer litígio que surja sobre os poderes respectivos do Presidente da República e do Chefe do Governo *poderá ser submetido ao Tribunal Constitucional por qualquer das partes*. O Tribunal deverá pronunciar-se sobre o litígio no prazo de uma semana" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[27] Reproduzem-se, a seguir, os trechos pertinentes do artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014: "[...] Artigo 120 *O Tribunal Constitucional é o único órgão competente para supervisionar a constitucionalidade dos seguintes atos*: – Projetos de lei, a pedido do Presidente da República, do Chefe do Governo ou de trinta membros da Assembleia dos Representantes do Povo. O pedido deve ser apresentado no prazo de sete dias a contar da aprovação do projeto de lei pela Assembleia, ou da ratificação de um projeto de lei em uma redação modificada, após este ter sido devolvido pelo Presidente da República. – Projetos de lei constitucionais que lhe forem submetidos pelo Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo, conforme especificado no artigo 144, ou para decidir se foram respeitados os procedimentos de revisão da Constituição. – Tratados apresentados pelo Presidente da República antes da sua ratificação legislativa. [...] (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

Assembleia dos Representantes do Povo) no rol de autores da respectiva ação. Por outro lado, o Presidente da República tornou-se o único legitimado, na ordem constitucional da Revolução do Jasmim, a deflagrar, perante a Corte Constitucional, a fiscalização preventiva de constitucionalidade de tratados, ao passo que apenas o Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo, sob o manto da indicada Carta Magna de 2014, poderia impugnar, perante a Corte, seja propostas de emendas constitucionais, em relação ao respeito a cláusulas pétreas e ao devido processo legislativo, seja o teor de normas regimentais do Poder Legislativo (artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014[28]) (Biagi, 2021a, 2025; Mahfoudh, 2025; Tunísia, 2014).

O Tribunal Constitucional tunisiano, na ordem constitucional de 2014, poderia, ainda, apreciar arguições incidentais de inconstitucionalidade de leis, encaminhadas pelas instâncias jurisdicionais ordinárias ou inferiores, se fossem suscitadas por alguma das partes em litígio e a matéria constitucional em pauta se relacionasse com a causa de pedir do respectivo caso concreto (artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014[29]). O Tribunal Constitucional também teria a competência de remover o Presidente da República do cargo, caso pelo menos a maioria de dois terços dos seus membros constatasse que o Chefe de Estado incorrera em grave violação da Constituição. Essa atuação do Tribunal Constitucional, sob a guarida da Constituição tunisiana de 2014, dependeria de provocação por um grupo de deputados, mediante moção parlamentar subscrita por aquele mesmo quórum mínimo de dois terços (artigo 88 da Constituição tunisiana de 2014[30]) (Biagi, 2021a, 2025; Tunísia, 2014).

A despeito de os Chefes de Estado e de Governo, na ordem constitucional tunisiana de 2022, não mais disporem da prerrogativa de suscitar, perante

[28] Nessa vereda, dispunha a respeito esta passagem do apontado artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014: "[...] Artigo 120 [...] O Tribunal Constitucional é o único órgão competente para supervisionar a constitucionalidade dos seguintes atos: – *Os regimentos da Assembleia dos Representantes do Povo, que lhe forem submetidos pelo Presidente da Assembleia* [...]" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[29] Nesse aspecto, previa o artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014: "[...] Artigo 120 [...] As leis que lhe forem remetidas pelos tribunais, em razão de um pedido formulado por um tribunal, *caso uma das partes em litígio invoque uma arguição de inconstitucionalidade*, de acordo com os procedimentos estabelecidos por lei (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[30] Preceituava o artigo 88 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 88 A Assembleia dos Representantes do Povo pode, por iniciativa da maioria dos seus membros, apresentar uma moção para pôr termo ao mandato do Presidente da República por grave violação à Constituição. Tal moção deverá ser aprovada por dois terços dos membros. *Submetida a questão ao Tribunal Constitucional, a decisão de condenação será tomada por maioria de dois terços dos seus membros. Em caso de condenação, o Tribunal Constitucional decretará a destituição do Presidente da República, sem prejuízo de eventual ação penal quando cabível.* O Presidente destituído nessas condições ficará inabilitado a concorrer a quaisquer eleições subsequentes" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

a Corte Constitucional, incidente de resolução de conflitos de poder entre ambos, a Constituição tunisiana de 2022 prosseguiu com a tendência iniciada pela antecedente Constituição de 2014 de ampliar o acesso de órgãos e autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo ao Tribunal Constitucional, além de preservar, em grande medida, as hipóteses de legitimidade ativa *ad causam* e as espécies de ações constitucionais já delineadas naquela Carta Magna da Revolução do Jasmim (Tunísia, 2022).

Nesse passo, percebe-se que, na ordem constitucional tunisiana de 2022, metade dos integrantes do Conselho Nacional das Regiões e dos Distritos (ainda não instalado), correspondente à Câmara Alta do Parlamento tunisiano (antes unicameral, sob a égide da Constituição tunisiana de 2014), recebeu a mesma legitimidade processual de que já usufruía, desde a vigência da Constituição tunisiana de 2014, trinta dos integrantes da Assembleia dos Representantes do Povo, correspondente à Câmara Baixa do Parlamento tunisiano, para suscitar o conflito preventivo de constitucionalidade de lei de caráter nacional (artigo 127 da Constituição tunisiana de 2022[31]) (Biagi, 2021a, 2025; Tunísia, 2022). Dentro dessa mesma lógica isonômica, a Constituição tunisiana de 2022 conferiu ao Presidente do Conselho Nacional das Regiões e dos Distritos a mesma prerrogativa que já detinha o Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo, desde a precedente Constituição tunisiana de 2014, de requerer da Corte Constitucional a fiscalização de constitucionalidade das normas regimentais (artigo 127 da Constituição tunisiana de 2022[32]) (Tunísia, 2022).

Já ao Presidente da República tunisiana foi dada a prerrogativa de requerer do Tribunal Constitucional que impeça a discussão e aprovação de projeto de lei que considere fora da competência legislativa do Parlamento, caso venha a entender que, em tal circunstância, o Poder Legislativo invadiu a esfera regu-

[31] Em outras palavras, trata-se, na esteira do artigo 127 da Constituição tunisiana de 2022, da competência jurisdicional exclusiva do Tribunal Constitucional da Tunísia para o desempenho do controle preventivo e concentrado de constitucionalidade em face de leis nacionais, "a pedido do Presidente da República, de trinta membros da Assembleia dos Representantes do Povo ou de metade dos membros do Conselho Nacional das Regiões e dos Distritos" (Tunísia, 2022, tradução livre nossa), caso a Corte Constitucional seja assim demandada "no prazo de sete dias a contar da data da aprovação do projeto de lei ou da data da ratificação do projeto de lei em sua forma emendada após a [sua] devolução [ao Parlamento] pelo Presidente da República" (Tunísia, 2022, tradução livre nossa).
[32] Em outros dizeres, cuida-se, *ex vi* do mesmo artigo 127 da Constituição tunisiana de 2022, da competência jurisdicional exclusiva do Tribunal Constitucional da Tunísia para o exercício do controle repressivo e concentrado de constitucionalidade relativamente a cláusulas dos Regimentos Internos da Assembleia dos Representantes do Povo e do Conselho Nacional das Regiões e dos Distritos, a pedido, respectivamente, do Presidente da Câmara Baixa e do Presidente da Câmara Alta (Tunísia, 2022).

lamentar do Poder Executivo (artigo 76 da Constituição tunisiana de 2022[33]). Demais disso, a faculdade de protocolar recurso de inconstitucionalidade, perante a Corte Constitucional tunisiana, em face da lei financeira, restou franqueada quer ao Presidente da República, quer a um terço da Assembleia dos Representantes do Povo, quer a um terço do Conselho Nacional de Regiões e Distritos (artigo 78 da Constituição tunisiana de 2022[34]) (Tunísia, 2022).

2.3.1. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e os mecanismos de filtragem de arguições de inconstitucionalidade

Por outro lado, no panorama pós-Primavera Árabe, a maioria das Constituições do Norte da África e do Oriente Médio (a qual passou a acolher, mesmo que de maneira híbrida, o controle incidental de constitucionalidade) bifurcou-se entre os sistemas do filtro único (*exempli gratia*, o Egito, o Kuwait, a Jordânia – desde 2022 –, a Palestina e a Tunísia, quando se encontrava sob o pálio da sua Constituição de 2014) e do duplo filtro (*verbi gratia*, a Argélia e, anteriormente, de 2012 a 2022, a Jordânia). Este segundo sistema, de dupla verificação de admissibilidade tanto pelo juízo de origem quanto por uma instância judicial ou administrativa superior, torna mais moroso e dificultoso o acesso à jurisdição constitucional pelos jurisdicionados das instâncias judiciais ou administrativas ordinárias ou inferiores. É que, nesta segunda hipótese, a remessa dos autos do incidente de inconstitucionalidade à apreciação da respectiva Corte Constitucional depende da prévia aquiescência não só do juízo da causa, mas também de instância superior jurisdicional de índole judicial ou administrativa (Biagi, 2021a, 2021b, 2025).

Exemplo ilustrativo do sistema da dupla triagem de exceção de inconstitucionalidade é o da Carta Magna argelina, consoante atrás aludido. Embora,

[33] Nessa senda, eis a dicção deste trecho do artigo 76 da Constituição tunisiana de 2022: "[...] O Presidente da República poderá opor-se à admissibilidade de qualquer projeto de lei ou emenda que invada a esfera de competência do poder regulamentar geral. *O Presidente da República submeterá a questão ao Tribunal Constitucional, que decidirá no prazo máximo de dez dias, contado da data do seu recebimento*" (Tunísia, 2022, tradução livre nossa, grifos nossos).

[34] Nesse lanço, reproduz-se esta passagem do artigo 78 da Constituição tunisiana de 2022: "[...] Decorridos três dias da aprovação da lei pela Assembleia em segunda leitura, após a devolução ou depois de expirado o prazo para devolução sem que esta tenha sido exercida, fica facultado ao Presidente da República, a um terço dos membros da Assembleia dos Representantes do Povo ou a um terço dos membros do Conselho Nacional das Regiões e dos Distritos *interpor recurso de inconstitucionalidade em face das disposições da lei das finanças, perante o Tribunal Constitucional, que decidirá no prazo máximo de cinco dias após o recurso*" (Tunísia, 2022, tradução livre nossa, grifos nossos).

de acordo com o artigo 195 da Constituição argelina de 2020[35] (correspondente ao artigo 188 da Carta Magna argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação derradeira de 2016[36]), uma das partes litigantes possa invocar a jurisdição constitucional, alegando que determinada disposição legislativa ou regulamentar em que se alicerça o objeto do litígio (processo subjetivo) é suscetível de prejudicá-la, em seus direitos e liberdades constitucionais, o pedido de julgamento, pelo Tribunal Constitucional, da arguição de inconstitucionalidade deve ser formulado pelo Supremo Tribunal (instância máxima da Justiça Comum) ou pelo Conselho de Estado (instância máxima da Justiça Administrativa), caso a respectiva instância jurisdicional superior (judicial ou administrativa) se convença da seriedade da arguição, é dizer, caso constate a plausibilidade jurídico-constitucional do pleito do jurisdicionado cuja ação judicial tramita em instância (judicial ou administrativa) inferior (Argélia, 2016, 2020).

Em contraste, conforme antecipado alhures, a Jordânia da atualidade exemplifica, na conjuntura a englobar o Norte da África e o Oriente Médio no contexto pós-Primavera Árabe, o sistema de triagem de exceções de inconstitucionalidade efetuado somente pelo juízo de origem, isto é, sem que o controle de admissibilidade da arguição incidental a ocorrer em momento prévio à subida dos autos à Corte Constitucional respectiva seja compartilhado com instâncias jurisdicionais superiores de âmbito judicial ou administrativo, cabendo tal competência apenas ao juízo *a quo* (Biagi, 2021a, 2025; Jordânia, 2012, 2022a, 2022b).

[35] Artigo 195 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 195 – *O Tribunal Constitucional poderá ser instado a apreciar exceção de inconstitucionalidade, mediante remessa do processo pelo Supremo Tribunal ou pelo Conselho de Estado*, quando uma das partes no litigo alegar, perante o juízo, que a disposição legislativa ou regulamentar da qual dependa o desfecho da causa viola os direitos e liberdades que lhe são garantidos pela Constituição. Quando o Tribunal Constitucional for instado com fundamento no parágrafo anterior, sua decisão será proferida no prazo de 4 (quatro) meses, contado da data do ajuizamento. Este prazo poderá ser prorrogado por uma única vez, por até 4 (quatro) meses, mediante decisão fundamentada do Tribunal [Constitucional], comunicada ao órgão jurisdicional de origem" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[36] Artigo 188 da Constituição argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016: "Artigo 188 [...] – *O Conselho Constitucional poderá ser provocado por uma exceção de inconstitucionalidade mediante a remessa pelo Supremo Tribunal ou pelo Conselho de Estado*, quando uma das partes no processo sustentar perante um órgão jurisdicional que a disposição legislativa da qual dependa o desfecho da lide ofende os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. As condições e as modalidades de implementação do parágrafo acima serão fixadas por uma lei orgânica" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

Deveras, o artigo 5.º da Lei n.º 22 de 2022, de 25 de agosto de 2022[37], em vigor desde 16 de outubro de 2022[38], alterou, em consonância com o artigo 60, § 2.º, da Constituição jordaniana de 1952, reformada em 2022[39], o regramento irradiado pelo artigo 11 da Lei n.º 15 de 2012, de 16 de junho de 2012, a Lei do Tribunal Constitucional da Jordânia[40], de maneira que, em feitos de instâncias ordinárias ou inferiores, qualquer uma das partes em litígio poderá, atualmente, suscitar, perante o juízo da causa, a respectiva exceção de inconstitucionalidade. Portanto, no ordenamento jurídico jordaniano hodierno, incumbe ao juízo de origem remeter diretamente ao Tribunal Constitucional a arguição incidental de inconstitucionalidade, sem sujeitá-la ao crivo nem do Tribunal de Cassação (instância superior da jurisdição administrativa), nem do Tribunal Superior de Justiça (instância superior da jurisdição comum), bastando o juízo *a quo* constatar a seriedade da arguição e a sua pertinência para a resolução do mérito da causa (Biagi, 2021a, 2025; Jordânia, 2012, 2022a, 2022b).

[37] No ordenamento jurídico jordaniano, a alínea *c* do artigo 11.º da Lei n.º 15 de 2012, na redação entalhada pelo artigo 5.º da Lei n.º 22 de 2022, assim preceitua: "[...] *c*) Caso o tribunal de origem, no curso do processo, entender que a lei ou o regulamento cuja inconstitucionalidade foi arguida mediante exceção é aplicável ao mérito da causa e que a arguição é séria e fundamentada, *suspenderá o julgamento e remeterá a questão ao Tribunal Constitucional para apreciação*. A decisão que denegar a remessa será recorrível em conjunto com o recurso interposto contra a decisão final proferida no mérito da causa [...]." (Jordânia, 2022, tradução livre nossa, grifos nossos).

[38] Cuida-se da data de entrada em vigor da supracitada Lei n.º 22 de 2022, consoante esclarece o Tribunal Constitucional da Jordânia, em seu Acórdão de 19 de março de 2023, lavrado nos autos da Apelação n.º 3 de 2023 (Jordânia, 2023), por meio desta passagem da fundamentação de tal Aresto: "[...] Da análise dos elementos documentais que compõem os autos, resta evidenciado que o Tribunal de Cassação, por intermédio de sua Câmara Criminal, submeteu a arguição de inconstitucionalidade do § 2.º do artigo 98 do Código Penal ao crivo de um órgão colegiado integrado por apenas três juízes. A prática de tal ato viola as disposições contidas nos artigos 9º e 10 da Lei de Estabelecimento dos Tribunais de Jurisdição Comum n.º 17, de 2001, bem como o disposto no inciso *c* do artigo 11 da Lei do Tribunal Constitucional n.º 15, de 2012, em sua redação dada pela Lei n.º 22, de 2022, *em vigor desde 16 de outubro de 2022*" (Jordânia, 2023, tradução livre nossa, grifos nossos).

[39] Artigo 60, § 2.º, da Constituição jordaniana de 1952, reformada em 2022: "Artigo 60 O direito de arguição direta de inconstitucionalidade de leis e regulamentos em vigor perante o Tribunal Constitucional é restrito aos seguintes: a. O Conselho dos Notáveis ou o Conselho dos Deputados, desde que a decisão seja aprovada por, no mínimo, um quarto dos membros da Casa Legislativa em questão. b. O Conselho de Ministros. *No processo pendente perante os tribunais, qualquer das partes pode arguir a exceção de inconstitucionalidade. Se o tribunal considerar a arguição séria, deverá remetê-la ao Tribunal Constitucional, de acordo com as disposições da lei*" (Jordânia, 2022a, tradução livre nossa, grifos nossos).

[40] Nesse sentido, conforme a atual redação do artigo 11 da Lei n.º 15 de 2012, modificada pelo artigo 5.º da Lei n.º 22 de 2022, o juízo de origem do processo subjetivo "*suspenderá o julgamento e remeterá a questão ao Tribunal Constitucional*" (Jordânia, 2022b, tradução livre nossa, grifos nossos), se "entender que a lei ou o regulamento cuja inconstitucionalidade foi arguida é aplicável ao mérito da causa e que a arguição é séria" (Jordânia, 2022b, tradução livre nossa, grifos nossos).

Por sua vez, o Kuwait e a Palestina (além de preverem o acesso direto ao Tribunal Constitucional respectivo por iniciativa do próprio juízo de origem) positivaram, em suas ordens jurídicas, uma terceira possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade, pela Corte Constitucional correspondente, por iniciativa de jurisdicionados em geral, assegurando-se-lhes a possibilidade de provocar, diretamente, a jurisdição do respectivo Tribunal Constitucional, o que evita a filtragem do seu pleito seja por instâncias jurisdicionais inferiores ou ordinárias, seja por instâncias jurisdicionais superiores ou extraordinárias diversas da Corte Constitucional (Biagi, 2021a, 2025).

Com efeito, no Kuwait, a Lei n.º 109, de 23 de julho de 2014, a qual modificou a Lei n.º 14, de 9 de junho de 1973, a Lei do Tribunal Constitucional, conferiu aos jurisdicionados em geral (pessoas naturais e jurídicas) o direito de petição perante aquele órgão superior incumbido de realizar o controle de constitucionalidade. Como requisito de admissibilidade extrínseco, cabe ao autor da ação constitucional comprovar, quando do seu ajuizamento, o pagamento de elevada taxa jurisdicional (fixada no patamar de cinco mil dinares kuwaitianos). Trata-se, dessa maneira, de acesso direto à Corte Constitucional kuwaitiana inviável, em regra, seja para segmentos da sociedade que possuem vulnerabilidade social e econômica, seja para pessoas hipossuficientes, na tessitura jurídico-processual, ante a falta de disponibilidade econômica para arcar com custas e demais despesas processuais. Nessa conjuntura, sob os ângulos tanto da vulnerabilidade quanto da hipossuficiência, é digna de nota a situação da maioria das mulheres kuwaitianas, as quais, em um contexto social assinalado por estruturas de opressão patriarcais, encontram-se, muitas vezes, em estado de vulnerabilidade de gênero, desprovidas de renda própria e suficiente, com laços de dependência econômica em relação à sua família e ao seu consorte. Já sob a óptica dos requisitos de admissibilidade intrínsecos da ação constitucional direta, o peticionário, deve, em sua petição inicial, (*a*) impugnar determinado ato legislativo (e não ato administrativo), (*b*) demonstrar a repercussão, no campo do seu interesse individual direto, da possível inconstitucionalidade em que incorre a lei por ele impugnada e (*c*) declinar quais seriam as sérias razões (motivos fundados) em que se embasa para alegar que a lei em tela violou dado dispositivo constitucional. Esses requisitos de admissibilidade da ação constitucional direta, em vez de serem apreciados por uma instância jurisdicional ordinária ou por uma instância superior intermediária, serão objeto de análise e deliberação, antes do eventual julgamento do mérito, pela própria Câmara de Consulta daquele Tribunal Constitucional (Almutairi, 2021; Biagi, 2021a, 2025; Bouresli, 2016; Kuwait, 1973a, 1973b, 2014, 2023).

O diploma legislativo kuwaitiano seguiu, nesse aspecto, uma inovação da ordem jurídica palestina também posterior aos eventos sociais e políticos asso-

ciados à Primavera Árabe. No sistema de controle de constitucionalidade da Palestina, permite-se o acesso direto ao seu Supremo Tribunal Constitucional não só pela instância jurisdicional ordinária (a assim proceder de ofício, o que configura hipótese igualmente presente, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos egípcio e kuwaitiano), mas também pelo próprio jurisdicionado. É que, no ordenamento jurídico palestino, o artigo 14 da Lei por Decreto n.º 19 de 2017[41] acrescentou, entre outros, o § 3.º no artigo 27 da Lei n.º 3 de 2006, a Lei sobre o Supremo Tribunal Constitucional. Em virtude dessa alteração legislativa na ordem jurídica palestina, a parte que, perante um órgão jurisdicional ordinário, suscitar arguição de inconstitucionalidade deverá, no prazo máximo de sessenta dias, propor arguição de inconstitucionalidade diretamente, perante o Supremo Tribunal Constitucional palestino, sob pena de preclusão da questão constitucional e da continuidade, na instância jurisdicional ordinária, da marcha do processo judicial principal (Biagi, 2021a, 2025; Palestina, 2006, 2017).

Ao mesmo tempo, na ordenação jurídica palestina, à luz do § 2.º do artigo 27 daquela Lei n.º 3 de 2006, também incluído pelo atrás reproduzido artigo 14 da Lei por Decreto n.º 19 de 2017, observa-se que, se o próprio órgão jurisdicional de instância ordinária declarar a inconstitucionalidade de norma jurídica legal ou infralegal relacionada com a resolução do litígio em exame, competirá ao próprio juízo de origem suspender a tramitação daquele feito judicial e enviar, de imediato, os autos, de forma gratuita, sem o acréscimo de custas, diretamente ao Supremo Tribunal Constitucional, para que a Corte Constitucional palestina delibere acerca da controvérsia constitucional suscitada pelo respectivo juízo *a quo* (Palestina, 2006, 2017).

2.4. A jurisdição constitucional pós-Primavera Árabe e as funções ancilares dos Tribunais Constitucionais

Além disso, a Primavera Árabe oxigenou a tendência, no Norte da África e no Oriente Médio, de expansão do campo de atuação dos órgãos investidos

[41] Artigo 14 da Lei por Decreto n.º 19 de 2017 da Palestina: "Artigo 14 Os parágrafos 2.º e 3.º do artigo 27 da Lei Original ficam alterados, passando a vigorar com a seguinte redação: '2. Se um tribunal, no curso de um processo, *declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, decreto, estatuto ou regulamento imprescindível para a resolução da lide, deverá suspender o feito e remeter os autos, isento de custas, ao [Supremo] Tribunal [Constitucional], para que este se pronuncie sobre a questão constitucional*. 3. Se as partes litigantes arguirem, no curso de um processo perante um tribunal, a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, decreto, estatuto ou regulamento, e o tribunal considerar a arguição séria, *será suspenso o curso do feito e fixado prazo, não superior a 60 (sessenta) dias, para que o arguidor ajuíze a ação correspondente perante o [Supremo] Tribunal [Constitucional]*. Caso a ação não seja ajuizada dentro do referido prazo, a arguição será considerada como não havida'" (Palestina, 2017, tradução livre nossa, grifos nossos).

de jurisdição constitucional, de sorte que, ladeando a competência principal das Cortes Constitucionais de fiscalizar a constitucionalidade da legislação interna vigente, agregaram-se-lhes atribuições novas ou ampliadas de cunho ancilar (Biagi, 2021a, 2021b, 2025).

Na Tunísia, a Constituição de 2014 havia concedido ao futuro e nunca inaugurado Tribunal Constitucional as funções ancilares, entre outras, de resolver conflitos de competência entre os Chefes de Estado e de Governo (artigo 101[42]), de emitir decisão final sobre a destituição do Presidente da República (artigo 88[43]), de atuar como instância revisora da decretação de estado de emergência (artigo 80[44]) e de efetuar o controle preventivo da constitucionalidade de tratados em face do respectivo processo legislativo destinado à sua ratificação (artigo 120[45]) (Biagi, 2021a, 2025; Mahfoudh, 2025; Tunísia, 2014).

[42] Artigo 101 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 101 *Qualquer controvérsia que surja quanto às competências respectivas do Presidente da República e do Chefe do Governo poderá ser submetida ao Tribunal Constitucional por qualquer das partes*. O Tribunal decidirá sobre a controvérsia no prazo de uma semana" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[43] Artigo 88 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 88 A Assembleia dos Representantes do Povo poderá, por iniciativa da maioria dos seus membros, apresentar uma moção para dar fim ao mandato do Presidente da República por grave violação da Constituição. Tal moção deverá ser aprovada por dois terços dos membros. Neste caso, o assunto será *remetido ao Tribunal Constitucional para decisão por maioria de dois terços dos seus membros*. Em caso de condenação, *o Tribunal Constitucional ordenará a destituição do Presidente da República do cargo, sem excluir eventual ação penal quando necessário*. Quando o Presidente for destituído do cargo nestas circunstâncias, ele não terá direito a concorrer em quaisquer eleições subsequentes" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[44] Artigo 80 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 80 Em caso de perigo iminente que ameace as instituições nacionais, a segurança ou a independência do país, e que obstrua o funcionamento normal do Estado, o Presidente da República pode adotar quaisquer medidas exigidas pela situação excepcional, após consulta ao Chefe do Governo e ao Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo e *informação ao Presidente do Tribunal Constitucional*. O Presidente anunciará as medidas em uma declaração ao povo. As medidas devem garantir, na primeira oportunidade possível, o retorno ao funcionamento normal das instituições e serviços estatais. A Assembleia dos Representantes do Povo será considerada em sessão permanente durante tal período. Nesta situação, o Presidente da República não poderá dissolver a Assembleia dos Representantes do Povo e não poderá ser apresentada uma moção de censura contra o Governo. Trinta dias após a entrada em vigor destas medidas, e a qualquer momento posterior, o Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo ou trinta dos seus membros terão o *direito de recorrer ao Tribunal Constitucional com o objetivo de verificar se as circunstâncias excepcionais permanecem. O Tribunal decidirá e emitirá publicamente sua decisão em um prazo não superior a quinze dias*. Estas medidas cessarão sua vigência tão logo as circunstâncias que justificaram sua implementação não mais subsistam. O Presidente da República dirigirá uma mensagem ao povo nesse sentido" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[45] Artigo 120 da Constituição tunisiana de 2014: "Artigo 120 *O Tribunal Constitucional é o único órgão competente para supervisionar a constitucionalidade do seguinte*: – Projetos de lei, a pedido do Presidente da República, do Chefe do Governo ou de trinta membros da Assembleia dos Representantes do

No Egito, a alteração da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Constitucional, com o acréscimo dos artigos 27-A[46] e 33-A[47] à Lei n.º 48 de 1979, pelo artigo 1.º da Lei n.º 137, de 15 de agosto de 2021, proporcionou à Corte Constitucional egípcia o exercício do controle de constitucionalidade de atos decisórios promanados quer de órgãos jurisdicionais estrangeiros, quer de organizações e instituições internacionais, caso repercutam na esfera jurídica do Estado egípcio. Nada obstante, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esse alargamento do espectro da jurisdição constitucional do seu Supremo Tribunal Constitucional poderá consistir em um mecanismo estatal que, a pretexto de salvaguardar a soberania do Estado egípcio e a supremacia hierárquica da sua Carta Magna, contribua para fragilizar ainda mais a já deficitária efetividade, na realidade social do Egito, do sistema internacional e regional de proteção dos direitos humanos (Abdou, 2022; Biagi, 2025; Egito, 1979, 2021; El-Sadany; Omar, 2021).

Na Argélia, além das funções precípuas do hoje Tribunal Constitucional (pretérito Conselho Constitucional) elencadas nos artigos 190 e seguintes da Constituição argelina de 2020 (correspondentes aos artigos 186 e seguintes da precedente Constituição de 1989, restituída em 1996, em sua redação derradeira de 2016), incumbe àquela Corte Constitucional, entre as suas funções

Povo, cujo pedido deve ser protocolado dentro de sete dias a partir da ratificação do projeto de lei pela Assembleia ou da ratificação de um projeto de lei em versão modificada, após ter sido devolvido pelo Presidente da República; – Projetos de lei constitucionais a ele submetidos pelo Presidente da Assembleia dos Representantes do Povo conforme especificado no artigo 144, ou para determinar se os procedimentos de emenda da Constituição foram respeitados; – Tratados apresentados a ele pelo Presidente da República antes da sua ratificação legislativa; – Leis a ele remetidas pelos tribunais como resultado de um pedido protocolado por um tribunal, no caso da invocação de uma alegação de inconstitucionalidade por uma das partes em litígio, de acordo com os procedimentos estabelecidos por lei; – Os regimentos internos da Assembleia dos Representantes do Povo, submetidos a ele pelo Presidente da Assembleia. *Compete também ao Tribunal Constitucional outras competências conferidas pela Constituição*" (Tunísia, 2014, tradução livre nossa, grifos nossos).

[46] Artigo 27-A da Lei n.º 48 de 1979, inserido pelo artigo 1.º da Lei n.º 137 de 2021: "Artigo 27-A: Compete ao Supremo Tribunal Constitucional o *controle de constitucionalidade das decisões de organizações e organismos internacionais e das sentenças de tribunais estrangeiros* cuja execução seja requerida contra o Estado" (Egito, 2021, tradução livre nossa, grifos nossos).

[47] Artigo 33-A da Lei n.º 48 de 1979, incluído pelo artigo 1.º da Lei n.º 137 de 2021: "Artigo 33-A: O Presidente do Conselho de Ministros poderá requerer ao Supremo Tribunal Constitucional que se pronuncie pela não observância das decisões e sentenças mencionadas no artigo 27-A, ou das obrigações decorrentes da sua execução. Todos os interessados deverão ser ouvidos no requerimento, o qual deverá ser acompanhado da cópia autenticada da decisão ou sentença cuja não observância se requer, e da sua tradução juramentada. O requerimento deverá indicar a disposição constitucional alegadamente violada e a natureza da violação. O Tribunal julgará o requerimento com a máxima urgência" (Egito, 2021, tradução livre nossa).

ancilares, as de supervisionar o pleito eleitoral e, nessa qualidade, processar e julgar recursos eleitorais e proclamar o resultado das eleições presidenciais e legislativas (artigos 95[48], 133[49] e 191[50] da Constituição argelina de 2020, correspondentes ao artigo 182 da Constituição de 1989, restituída em 1996, em sua redação derradeira de 2016[51]), bem como de declarar a vacância definitiva da Presidência da República (artigo 94 da Constituição argelina de 2020[52],

[48] Artigos 95 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 95 – Quando uma candidatura à eleição presidencial tiver sido validada pelo Tribunal Constitucional, sua retirada somente poderá ocorrer em caso de impedimento grave *devidamente constatado pelo Tribunal Constitucional* ou de falecimento do candidato em questão. Quando um dos dois candidatos admitidos ao segundo turno se retirar, o pleito eleitoral prosseguirá sem levar em conta essa retirada. Em caso de falecimento ou de impedimento legal de um dos dois candidatos ao segundo turno, o *Tribunal Constitucional declarará que deverá ser repetido, em sua integralidade, o pleito eleitoral*. [O Tribunal Constitucional] *Prorrogará, nesse caso, os prazos para a organização das novas eleições por um período máximo de 60 (sessenta) dias*. Durante a aplicação das disposições do presente artigo, o Presidente da República em exercício, ou aquele que assumir interinamente a função de Chefe de Estado, permanecerá em suas funções até a prestação de juramento do novo Presidente da República eleito. Uma lei orgânica determinará as condições e os procedimentos de aplicação das disposições deste artigo" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[49] Artigo 133 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 133 – A legislatura iniciar-se-á de pleno direito no 15.º (décimo quinto) dia subsequente à data da *proclamação dos resultados pelo Tribunal Constitucional*, sob a presidência do Deputado decano da Assembleia Popular Nacional, assistido pelos dois Deputados mais jovens. A Assembleia Popular Nacional procederá à eleição da sua Mesa Diretora e à constituição das suas Comissões Permanentes. As disposições supramencionadas são aplicáveis ao Conselho da Nação" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[50] Artigo 191 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 191 – O *Tribunal Constitucional julgará os recursos relativos aos resultados provisórios das eleições presidenciais, das eleições legislativas e do referendo, e proclamará os resultados definitivos de todos esses pleitos eleitorais*" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[51] Artigo 182 da Constituição de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016: "Artigo 102 – Quando o Presidente da República, por motivo de doença grave e duradoura, se encontrar na impossibilidade total de exercer as suas funções, *o Conselho Constitucional reunir-se-á de pleno direito e, após verificar a realidade desse impedimento por todos os meios apropriados, proporá, por unanimidade, ao Parlamento que declare o estado de impedimento*" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

[52] Artigo 94 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 94 – Quando o Presidente da República, por motivo de doença grave e duradoura, se encontrar na impossibilidade total de exercer as suas funções, *o Tribunal Constitucional reunir-se-á de pleno direito e sem delonga e, após verificar a realidade desse impedimento por todos os meios adequados, proporá, pelo voto da maioria de 3/4 (três quartos) dos seus membros, ao Parlamento que declare o estado de impedimento*. O Parlamento, reunidas as duas Câmaras, declarará o estado de impedimento do Presidente da República pelo voto da maioria de 2/3 (dois terços) dos seus membros e incumbirá da interinidade do Chefe de Estado, por um período máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, o Presidente do Conselho da Nação, que exercerá as suas prerrogativas com a observância do disposto no artigo 96 desta Constituição. Caso o impedimento persista após a expiração do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, proceder-se-á à declaração de vacância, por renúncia de pleno direito, conforme o procedimento referido nos parágrafos anteriores e de acordo com as disposições

correspondente ao artigo 102 da Constituição argelina anterior[53]). Essas duas funções ancilares da hodierna Corte Constitucional argelina, à época ainda na condição do outrora Conselho Constitucional, permitiram a ela desempenhar papel fundamental para que se viabilizasse o processo de transição política que culminou com a renúncia, em 2 de abril de 2019, nos estertores da ordem

dos parágrafos seguintes do presente artigo. Em caso de renúncia ou de falecimento do Presidente da República, *o Tribunal Constitucional reunir-se-á de pleno direito e constatará a vacância definitiva da Presidência da República. Comunicará imediatamente o ato de declaração de vacância definitiva ao Parlamento, que se reunirá de pleno direito*. O Presidente do Conselho da Nação assumirá a função de Chefe de Estado por um período máximo de 90 (noventa) dias, durante o qual serão organizadas eleições presidenciais. Na impossibilidade da sua realização, esse prazo poderá ser prorrogado por um período não superior a 90 (noventa) dias*, mediante parecer do Tribunal Constitucional*. O Chefe de Estado, assim designado, não poderá ser candidato à Presidência da República. Em caso de concomitância da renúncia ou do falecimento do Presidente da República e da vacância da Presidência do Conselho da Nação, por qualquer motivo, *o Tribunal Constitucional reunir-se-á de pleno direito e declarará, pelo voto da maioria de 3/4 (três quartos) dos seus membros, a vacância definitiva da Presidência da República e o impedimento do Presidente do Conselho da Nação*. Nesta hipótese, *o Presidente do Tribunal Constitucional assumirá a função de Chefe de Estado*, nas condições estabelecidas nos parágrafos anteriores deste artigo e no artigo 96 da Constituição. [Em tal hipótese] Não poderá ser candidato à Presidência da República" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[53] Artigo 102 da Constituição argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016: "Artigo 102 – Quando o Presidente da República, por motivo de doença grave e duradoura, se encontrar na impossibilidade total de exercer as suas funções, o *Conselho Constitucional reunir-se-á de pleno direito e, após verificar a realidade desse impedimento por todos os meios apropriados, proporá, por unanimidade, ao Parlamento que declare o estado de impedimento*. O Parlamento, reunido em sessão conjunta das duas Câmaras, declarará o estado de impedimento do Presidente da República, pela maioria de 2/3 (dois terços) dos seus membros, e incumbirá o Presidente do Conselho da Nação da interinidade, como Chefe de Estado, por um período máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, o qual exercerá as suas prerrogativas em respeito às disposições do artigo 104 da Constituição. Em caso de continuação do impedimento após a expiração do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, proceder-se-á à declaração de vacância, por renúncia de pleno direito, de acordo com o procedimento referido nos parágrafos acima e com as disposições dos parágrafos seguintes deste artigo. Em caso de renúncia ou de falecimento do Presidente da República, *o Conselho Constitucional reunir-se-á de pleno direito e constatará a vacância definitiva da Presidência da República*. Comunicará imediatamente o ato de declaração de vacância definitiva ao Parlamento, que se reunirá de pleno direito. O Presidente do Conselho da Nação assumirá a função de Chefe de Estado por um período máximo de 90 (noventa) dias, durante o qual serão organizadas eleições presidenciais. O Chefe de Estado, assim designado, não poderá ser candidato à Presidência da República. Em caso de conjunção da renúncia ou do falecimento do Presidente da República e da vacância da Presidência do Conselho da Nação, por qualquer causa que seja, *o Conselho Constitucional reunir-se-á de pleno direito e constatará, por unanimidade, a vacância definitiva da Presidência da República e o impedimento do Presidente do Conselho da Nação*. Neste caso, o Presidente do Conselho Constitucional assumirá a função de Chefe de Estado, nas condições fixadas nos parágrafos anteriores deste artigo e no artigo 104 da Constituição. [Em tal hipótese] Ele não poderá ser candidato à Presidência da República" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

constitucional anterior, do então Chefe de Estado argelino, Abdelaziz Bouteflika (1937-2021) (Argélia, 2016, 2020; Biagi, 2021a, 2021b, 2025).

Atualmente, cabe também ao Tribunal Constitucional argelino se desincumbir de outras atribuições ancilares relevantes, a exemplo da resolução de conflitos entre Poderes Constitucionais (artigo 192 da Constituição argelina de 2020[54]), assim como do pronunciamento, a título de consulta prévia, a armistícios e tratados de paz (artigo 102 da Constituição argelina de 2020[55]). É digna de nota a sua função ancilar, igualmente em um contexto de consulta prévia, em relação a atos políticos na iminência de serem adotados pelo Estado argelino em situações de excepcionalidade institucional, tais quais a decretação de estados de emergência ou de sítio (artigo 97 da Constituição argelina de 2020[56]), de exceção (artigo 98 da Constituição argelina de 2020[57]) e de

[54] Artigo 192 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 192 – Artigo 192 O Tribunal Constitucional poderá ser instado pelos órgãos enumerados no artigo 193 abaixo, para dirimir os *conflitos de competência* que surjam entre os Poderes Constitucionais. Os referidos órgãos poderão igualmente instar o Tribunal Constitucional com vista à interpretação de uma ou mais disposições constitucionais. *O Tribunal Constitucional pronunciar-se-á, a tal respeito, por meio de parecer*" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[55] Artigo 102 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 102 – O Presidente da República assinará os acordos de armistício e os tratados de paz. *Auscultará previamente o parecer do Tribunal Constitucional sobre os acordos respectivos*. Submetê-los-á, imediatamente, à aprovação expressa de cada uma das Câmaras do Parlamento" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[56] Artigo 97 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 97 – Em caso de necessidade imperiosa, reunido o Alto Conselho de Segurança, *consultados* o Presidente do Conselho da Nação, o Presidente da Assembleia Popular Nacional, o Primeiro-Ministro ou o Chefe do Governo, conforme o caso, e o *Presidente do Tribunal Constitucional*, o Presidente da República decretará o estado de emergência ou o estado de sítio, por um prazo máximo de 30 (trinta) dias, e tomará todas as medidas necessárias ao restabelecimento da situação. A duração do estado de emergência ou do estado de sítio só poderá ser prorrogada após aprovação do Parlamento, reunidas as duas Câmaras. Uma lei orgânica regulamentará o funcionamento do estado de emergência e do estado de sítio" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[57] Artigo 98 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 98 – Quando o país estiver ameaçado por um perigo iminente que atinja as suas instituições, a sua independência ou a sua integridade territorial, o Presidente da República decretará o *estado de exceção* por um prazo máximo de 60 (sessenta) dias. Tal medida será tomada *após consultar* o Presidente do Conselho da Nação, o Presidente da Assembleia Popular Nacional e o *Presidente do Tribunal Constitucional*, e após auscultar o Alto Conselho de Segurança e o Conselho de Ministros. O estado de exceção autoriza o Presidente da República a adotar as medidas excepcionais exigidas para a salvaguarda da independência da Nação e das instituições constitucionais da República. Ele dirigirá, para tanto, uma mensagem à Nação. O Parlamento reunir-se-á de pleno direito. O prazo do estado de exceção somente poderá ser prorrogado após a aprovação da maioria dos membros do Parlamento, em sessão conjunta das duas Câmaras. O estado de exceção será encerrado segundo as mesmas formalidades e procedimentos acima estabelecidos para a sua proclamação. Findo o prazo do estado de exceção, *o Presidente da República submeterá ao Tribunal*

guerra (artigo 100 da Constituição argelina de 2020[58]), a prorrogação do prazo para ocorrerem as eleições legislativas antecipadas (artigo 151 da Constituição argelina de 2020[59]) e a prorrogação do mandato do Parlamento (artigo 122 da Constituição argelina de 2020[60]). A função ancilar da Corte Constitucional argelina, por meio de consulta prévia, igualmente se dá nas hipóteses tanto (*a*) de vacância de assento de membro do Parlamento que houver, de forma voluntária, mudado de filiação partidária (artigo 120 da Constituição argelina de 2020[61]), (*b*) quanto de dissolução da Assembleia Nacional Popular e convocação antecipada de eleições legislativas (precitado artigo 151 da Constituição argelina de 2020) (Argélia, 2020).

Constitucional, para emissão de parecer, os atos editados durante esse período" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[58] Artigo 100 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 100 – Reunido o Conselho de Ministros, *auscultado* o Alto Conselho de Segurança e consultados o Presidente do Conselho da Nação, o Presidente da Assembleia Popular Nacional e o *Presidente do Tribunal Constitucional*, o Presidente da República declarará o estado de guerra em caso de agressão efetiva ou iminente, em conformidade com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas. O Parlamento reunir-se-á de pleno direito. O Presidente da República informará a Nação por meio de mensagem" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[59] Artigo 151 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 151 – Consultados o Presidente do Conselho da Nação, o Presidente da Assembleia Popular Nacional, o Presidente do Tribunal Constitucional e o Primeiro-Ministro ou o Chefe do Governo, conforme o caso, poderá o Presidente da República decidir pela dissolução da Assembleia Popular Nacional ou por eleições legislativas antecipadas. Em qualquer dos casos, as eleições legislativas realizar-se-ão no prazo máximo de 3 (três) meses. Na impossibilidade, por qualquer motivo, da organização das eleições, nos prazos previstos, o [respectivo] prazo poderá ser prorrogado por um período máximo de 3 (três) meses, *após o parecer do Tribunal Constitucional*" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[60] Artigo 122 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 122 – A Assembleia Popular Nacional será eleita para um mandato de 5 (cinco) anos. O mandato do Conselho da Nação terá a duração de 6 (seis) anos. A composição do Conselho da Nação é renovável pela metade a cada 3 (três) anos. O mandato do Parlamento somente poderá ser prorrogado em caso de circunstâncias excepcionalmente graves que impossibilitem a realização regular das eleições. Tal situação será constatada mediante decisão do Parlamento, reunidas as duas Câmaras, por proposta do Presidente da República, *auscultado o Tribunal Constitucional*. Ninguém poderá exercer mais de dois mandatos parlamentares, consecutivos ou não" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

[61] Artigo 120 da Constituição argelina de 2020: "Artigo 120 – Perderá, de pleno direito, o seu mandato eletivo o membro eleito da Assembleia Popular Nacional ou do Conselho da Nação, filiado a partido político, que houver mudado voluntariamente a filiação partidária pela qual foi eleito. *O Tribunal Constitucional, provocado de ofício pelo Presidente da Casa Legislativa respectiva, declarará a vacância do cargo*. Uma lei orgânica disporá sobre as modalidades da sua substituição. O Deputado que houver renunciado ao seu partido ou dele houver sido excluído conservará o seu mandato na qualidade de Deputado não filiado" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

No tocante ao efeito vinculante em relação às autoridades públicas, inclusive administrativas e judiciárias, houve um retrocesso parcial: tanto os atos decisórios quanto os atos opinativos do então Conselho Constitucional argelino tinham caráter vinculante para os Poderes Públicos e as autoridades administrativas e jurisdicionais (artigo 191 da Constituição argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016[62]), ao passo que, na atualidade, esse efeito vinculante se adstringe aos atos decisórios do contemporâneo Tribunal Constitucional (artigo 198 da Constituição argelina de 2020[63]) (Argélia, 2016, 2020).

Considerações finais

As mobilizações populares do alvorecer dos anos 2010, no Norte da África e no Oriente Médio, resultaram na deflagração de percursos complexos e não lineares de transformações institucionais, jurídicas, políticas e sociais. Essas marchas e contramarchas produziram ondas de renovação à primeira vista fugazes, a espargirem, contudo, efeitos duradouros que frequentemente escapam ao olhar da opinião pública do Ocidente, ainda marcado por uma perspectiva orientalista que acalentava uma transição célere para democracias liberais à moda ocidental e, na sua ausência, vaticina, por antecipação, o malogro desses eventos que, na realidade, concernem a um conjunto de processos históricos, sociais, políticos, jurídicos e institucionais em curso. Uma dessas ressonâncias perenes, apesar de ambígua e não uniforme, pode ser observada na esfera do constitucionalismo e, mais especificamente, na gênese, reforma e/ou implementação, em

[62] Artigo 191 da Constituição argelina de 1989, restituída em 1996, em sua redação final de 2016: "Artigo 191 – Quando o Conselho Constitucional julgar uma disposição legislativa ou regulamentar inconstitucional, perderá toda a eficácia a partir da data da decisão do Conselho. Quando uma disposição legislativa for julgada inconstitucional, com fundamento no artigo 188 acima, perderá toda a eficácia a partir da data fixada pela decisão do Conselho Constitucional. *Os pareceres e as decisões do Conselho Constitucional serão definitivos. Impor-se-ão ao conjunto dos Poderes Públicos e às autoridades administrativas e jurisdicionais*" (Argélia, 2016, tradução livre nossa, grifos nossos).

[63] Artigo 198 da Constituição argelina de 2020: "Art. 198 – Quando o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de um tratado, acordo ou convenção, ficará impedida a sua ratificação. Quando o Tribunal Constitucional declarar uma lei inconstitucional, ficará obstada a sua promulgação. Quando uma disposição de uma portaria ou de um regulamento for declarada inconstitucional, perderá todo o efeito, a partir do dia da decisão do Tribunal. Quando o Tribunal Constitucional, com base no artigo 195 acima, declarar inconstitucional uma disposição legislativa ou regulamentar, perderá todo o efeito, a partir do dia fixado pela decisão do Tribunal. *As decisões do Tribunal Constitucional serão definitivas. Elas [as decisões do Tribunal Constitucional] serão impostas a todos os Poderes Públicos e às autoridades administrativas e jurisdicionais*" (Argélia, 2020, tradução livre nossa, grifos nossos).

Estados norte-africanos e médio-orientais, de órgãos e mecanismos de controle de constitucionalidade.

Daí se nota que a leitura crítica das reformas constitucionais pós-Primavera Árabe exige superar as lentes orientalistas que condicionam a avaliação desses processos à sua aderência a padrões ocidentais de democracia liberal. O que se observa, na verdade, é a emergência de trajetórias próprias, que, conquanto não correspondam às expectativas iniciais do mundo ocidental de céleres revoluções democratizantes, revelam a capacidade e a disposição dos povos árabes de construir, de molde gradual, com avanços e retrocessos, mecanismos institucionais de limitação e controle de poderes, fiscalização de constitucionalidade e afirmação de direitos fundamentais. Nesse trilhar, a jurisdição constitucional, em suas múltiplas configurações, constitui não apenas um reflexo das disputas políticas contemporâneas, mas também um espaço de potencial transformação, cujo alcance dependerá da persistência das mobilizações sociais e da capacidade das instituições de responder às demandas por justiça, igualdade e liberdade. Em síntese, a Primavera Árabe, sendo um conjunto de processos históricos, sociais, políticos, jurídicos e institucionais em curso, e não um fato episódico, propicia ao constitucionalismo norte-africano e médio-oriental repercussões ambíguas, porém merecedoras de análise cuidadosa e acompanhamento de longo prazo.

Nesse passo, o exame das transformações constitucionais desencadeadas ou catalisadas pelos acontecimentos da denominada Primavera Árabe permite constatar que, longe de se tratar de um fenômeno efêmero ou homogêneo, os protestos sociais no nascedouro da década de 2010, tendo, como fato emblemático, a autoimolação de Mohamed Bouazizi, em 17 de dezembro de 2010, inauguraram ou continuaram percursos institucionais complexos e não lineares. A análise empreendida evidencia que, embora o imaginário ocidental tenha frequentemente reduzido tais mobilizações a um ciclo de expectativas frustradas, marcado pela narrativa orientalista de um suposto "Inverno Árabe", como o seu desfecho melancólico, o campo jurídico-constitucional revela reverberações mais duradouras e ambíguas, que se manifestam, de forma nítida, na esfera da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade.

Diante dos acontecimentos políticos e sociais relacionados com a Primavera Árabe, os regimes políticos dos Estados norte-africanos e médio-orientais, seja os que sobreviveram aos reclamos sociais, seja os que ascenderam em meio às mobilizações populares, apostaram em reformas de diferentes níveis de intensidade e efetividade que prestigiaram as instâncias estatais de revisão constitucional. Essa foi uma das estratégias de que lançaram mão para fomentar ou robustecer a sua legitimidade popular e demonstrar sintonia com a demanda social por mudanças institucionais, mormente no que se refere à construção de um Estado de Direito com alicerces democráticos, à aderência a padrões

internacionais de proteção dos direitos humanos, ao estabelecimento de mecanismos de controle dos Poderes de Estado e à observância, pelo aparato estatal, do devido processo decisório de bases constitucionais. Tal faceta das reformas encetadas ao influxo da Primavera Árabe manifestou-se, principalmente, na seara do formalismo jurídico, centrado no Direito Constitucional Positivo ou Prescritivo (esfera da normatividade jurídico-constitucional), e menos na concretude das relações do poder, do funcionamento cotidiano das instituições e das dinâmicas da coexistência social (esfera da facticidade, em suas emanações políticas, institucionais e sociais).

Entre as ressonâncias mais visíveis da Primavera Árabe no campo do controle de constitucionalidade, destaca-se a criação pioneira de Tribunais Constitucionais, na Jordânia, em 2012, e na Palestina, em 2016, a previsão, no Projeto de Constituição de 2017 da Líbia, de um Tribunal Constitucional, o fortalecimento, no plano da normatividade constitucional argelina, kuwaitiana, marroquina e tunisiana, da relevância institucional e jurídica das respectivas Cortes Constitucionais e a manutenção da elevada influência política e estatura institucional do Supremo Tribunal Constitucional egípcio. Em tal cenário, essa dimensão formal e constitucional do reformismo, no bojo da Primavera Árabe, fez-se igualmente presente por meio da edição de normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) destinadas ao fortalecimento, de maneira limitada, da independência institucional e funcional de órgãos de fiscalização de constitucionalidade. É o caso do projeto de 2017 de uma nova Constituição para a Líbia, assim como da Constituição síria de 2012. Depois da Primavera Árabe, o Egito e a Síria mantiveram os seus Tribunais Constitucionais na intimidade do Poder Judiciário, seguidos pela Tunísia, enquanto a Argélia e o Marrocos optaram por Cortes Constitucionais autônomas, isto é, situadas fora das estruturas dos Poderes de Estado, o que também se aventou para a Líbia. Cuida-se de um conjunto de processos de modificação do perfil institucional e da topografia constitucional de órgãos de controle de constitucionalidade, com o afastamento progressivo de modelos vinculados à estrutura do Poder Executivo e da Administração Pública, em prol de uma jurisdição constitucional corporificada em um órgão de cúpula e instância jurisdicional máxima do Poder Judiciário, ou em um órgão jurisdicional autônomo e estranho à estrutura organizacional dos Poderes de Estado. O primeiro modelo de jurisdição constitucional acima referido, a que aderiram as Constituições síria e egípcia de 2012, as Constituições egípcia e tunisiana de 2014, a Constituição Interina síria de 2025 e a Constituição tunisiana de 2022, mostra similitude parcial com o formato de Suprema Corte de matriz norte-americana, isto é, no que se refere a se conferir ao Poder Judiciário, como Poder de Estado independente, o exercício, por meio de uma instância judiciária superior, da jurisdição cons-

titucional. Já o segundo modelo de jurisdição constitucional atrás especificado, abraçado pela Constituição argelina de 2020, pela Constituição marroquina de 2011, pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Marrocos de 2013 e pelo Projeto de Constituição de 2017 da Líbia, aproxima-se, em certa medida, do modelo de jurisdição constitucional autônoma originalmente divisado por Kelsen para a Corte Constitucional austríaca, na medida em que o Tribunal Constitucional, de acordo com o feitio vislumbrado nos contextos argelino, marroquino e líbio, constitui órgão autônomo e externo aos Poderes de Estado e à Administração Pública, sem consistir em uma instância jurisdicional superior nem da Justiça Comum nem da Justiça Administrativa.

Ademais, após a Primavera Árabe, ampliou-se, na Argélia (Constituição de 2020) e na Tunísia (Constituições de 2014 e 2022), com gradações diferentes, o rol de órgãos estatais legitimados a provocar os respectivos Tribunais Constitucionais. Por outro lado, no panorama pós-Primavera Árabe, a maioria das Constituições do Norte da África e do Oriente Médio (a qual passou a acolher, mesmo que de maneira híbrida, o controle incidental de constitucionalidade) bifurcou-se entre os sistemas do filtro único (*exempli gratia*, o Egito, o Kuwait, a Jordânia – desde 2022 –, a Palestina e a Tunísia, quando se encontrava sob o pálio da sua Constituição de 2014) e do duplo filtro (*verbi gratia*, a Argélia e, anteriormente, de 2012 a 2022, a Jordânia). Este segundo sistema, de dupla verificação de admissibilidade tanto pelo juízo de origem quanto por uma instância judicial ou administrativa superior, torna mais moroso e dificultoso o acesso à jurisdição constitucional pelos jurisdicionados das instâncias judiciais ou administrativas ordinárias ou inferiores. É que, nesta segunda hipótese, a remessa dos autos do incidente de inconstitucionalidade à apreciação da respectiva Corte Constitucional depende da prévia aquiescência não só do juízo da causa, mas também de instância superior jurisdicional de índole judicial ou administrativa. Por sua vez, o Kuwait e a Palestina (a par de preverem o acesso direto ao Tribunal Constitucional respectivo por iniciativa do próprio juízo *a quo*) positivaram, em suas ordens jurídicas, uma terceira possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade, pela Corte Constitucional, por iniciativa de jurisdicionados em geral, se demonstrado o interesse individual direto em jogo, assegurando-se-lhes a faculdade de provocar, diretamente, a jurisdição do respectivo Tribunal Constitucional, o que evita a filtragem do seu pleito seja por instâncias jurisdicionais ordinárias ou inferiores, seja por instâncias jurisdicionais extraordinárias ou superiores diversas da Corte Constitucional. Além disso, a Primavera Árabe oxigenou a tendência, no Norte da África e no Oriente Médio, de expansão do campo de atuação dos órgãos investidos de jurisdição constitucional, de sorte que, ladeando a competência principal das Cortes Constitucionais de

fiscalizar a constitucionalidade da legislação interna vigente, agregaram-se-lhes atribuições novas ou ampliadas de cunho ancilar.

Em suma, a dimensão formal e constitucional do reformismo pós-Primavera Árabe tem contribuído para se sedimentarem marcos jurídico-constitucionais, desenhos institucionais e mecanismos de controle dos Poderes de Estado e da Administração Pública que podem, a longo prazo, favorecer a consolidação de Estados de Direito mais robustos, em meio à dialética entre tradição e inovação, autoritarismo e democratização, influência externa e agência endógena.

Referências

Abdou, Mohamed. Egypt: Public Law. **Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online**, p. 89-90, v. 22, n. 1, Boston, 15 Mar. 2022. Disponível em: https://brill.com/view/journals/yimo/21/1/article-p89_8.xml. Acesso em: 7 dez. 2025.

Almutairi, Fawaz. The Kuwaiti Constitutional Court and its Role in Protecting the Fundamental Liberties. *In*: Schoeller-Schletter, Anja (Ed.). **Constitutional Review in the Middle East and North Africa.** Baden-Baden: Nomos; Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021. p. 137-159. DOI: https://doi.org/10.5771/9783748912019-137. (Middle Eastern Studies, v. 4) *E-book*.

Argélia. **Constitution de la Republique Algerienne Democratique et Populaire – Journal officiel nº 76 du 8 décembre 1996, modifiée par : Loi nº 02-03 du 10 avril 2002 – Journal officiel nº 25 du 14 avril 2002 ; Loi nº 08-19 du 15 novembre 2008 – Journal officiel nº 63 du 16 novembre 2008 ; Loi nº 16-01 du 6 mars 2016 – Journal officiel nº 14 du 7 mars 2016.** Disponível em: https://www.refworld.org/sites/default/files/2025-04/3ffc3bdc7.pdf. Acesso em: 13 dez. 2025.

Argélia. **Constitution révisée en 2020. Révision constitutionnelle adoptée par référendum du 1er novembre 2020.** Disponível em: https://cour-constitutionnelle.dz/2022/09/12/la-constitution/#1615125142671-7447656b-663b. Acesso em: 7 dez. 2025.

Biagi, Francesco. Constitutional Review after the Arab Spring: Reforms, Challenges and Perspectives. *In*: Schoeller-Schletter, Anja (Ed.). **Constitutional Review in the Middle East and North Africa.** Baden-Baden: Nomos; Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021a. p. 161-187. DOI: https://doi.org/10.5771/9783748912019-161. (Middle Eastern Studies, v. 4) *E-book*.

Biagi, Francesco. Constitutional Review in Algeria Following the 2016 Reform: With Particular Reference to the "Exception of Unconstitutionality". *In*: Schoeller-Schletter, Anja (Ed.). **Constitutional Review in the Middle East and North Africa.** Baden-Baden: Nomos; Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021b. p. 95-118. DOI: https://doi.org/10.5771/9783748912019-161. (Middle Eastern Studies, v. 4) *E-book*.

Biagi, Francesco. **Constitution-Building After the Arab Spring:** A Comparative Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2025. DOI: https://doi.org/10.1017/9781009533669. (ASCL Studies in Comparative Law) *E-book*.

Bouresli, Adel Majed Jassem. The Constitutional Court of Kuwait According to the Latest Legislative Amendments. **Kuwait International Law School Journal**, Kuwait City, v. 4, n. 13, p. 19-53, Mar. 2016. Disponível em: https://journal.kilaw.edu.kw/the-constitutional-court-of-kuwait-according-to-the-latest-legislative-amendments/?lang=en. Acesso em: 15 dez. 2025.

Egito. **Constitution of the Arab Republic of Egypt 2014.** Disponível em: https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/15307. Acesso em: 14 dez. 2025.

Egito. **Constitution of the Arab Republic of Egypt.** Signed into law by President Mohammed Morsi on 26 December 2012. Disponível em: https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Egypt_Const-2012-en.pdf. Acesso em: 28 dez. 2025.

Egito. **Egypt's Constitution of 2014 with Amendments through 2019**. Disponível em: https://www.constituteproject.org/countries/Africa/Egypt. Acesso em: 7 dec. 2025.

Egito. **Lei n.º 137 de 2021: sobre a modificação de algumas disposições da Lei do Supremo Tribunal Constitucional promulgada pela Lei n.º 48 de 1979**. Al-Jarida Al-Rasmiyya – Jornal Oficial, n. 32 bis (A), 15 ago. 2021. Transliteração do árabe. Tradução livre nossa para o português brasileiro com o auxílio da ferramenta de Inteligência Artificial (IA) Deep Seek. Disponível em: https://manshurat.org/. Acesso em: 7 dez. 2025.

Egito. Loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle. Traducteur : Richard Jacquemond. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, Lyon, v. 4, n. 1, p. 549-550, jan.-déc. 1988. (Numéro thématique : Les juges constitutionnels) Disponível em: https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_1990_num_4_1988_2434. Acesso em: 7 dez. 2025.

Egito. **The Constitution of the Arab Republic of Egypt, 1971 (as Amended to 2007)**. Disponível em: https://constitutionnet.org/sites/default/files/Egypt%20Constitution.pdf. Acesso em: 7 dez. 2025.

Gani, Jasmine K. From discourse to practice: Orientalism, western policy and the Arab spring. **International Affairs**, Oxford, v. 98, n. 1, p. 45-65, Jan. 2022. DOI: https://doi.org/10.1093/ia/iiab229. Disponível em: https://academic.oup.com/ia/article/98/1/45/6484867. Acesso em: 8 dez. 2025.

Kuwait. **Kuwait Law No. 109/2014.** On the Amendment of Certain Provisions of Kuwait Law No. 14/1973 on the Establishment of the Constitutional Court dated 23/07/2014. Disponível em: https://www.lexismiddleeast.com/gazette/Kuwait/2014_Issue_No._1196/en. Acesso em: 9 jan. 2026.

Kuwait. **Kuwait Law No. 14/1973a.** Concerning the Establishment of the Constitutional Court. Amended by Kuwait Law No. 109/2014, dated 23/07/2014; and Kuwait Law No. 119/2023, dated 20/08/2023. Disponível em: https://www.lexismiddleeast.com/law/Kuwait/Law_14_1973/en. Acesso em: 8 dez. 2025.

Kuwait. State of Kuwait. **Law No. 14 1973b.** Issued on 09-06-1973. Published on 24-06-1973. Effective from 24 – 10 – 1973. Title: Concerning The Establishment of The Constitutional Court. Disponível em: https://www.eastlaws.com/legislation-full-text/en/kuwait/law/24-06-1973/no-14?type=1&id=4865306. Acesso em: 9 jan. 2026.

Jamal, Riad. The Evolution of Constitutional Control of Laws in Morocco and Its Impact on the Referential Question. **Magallat al-Buhut al-Fiqhiyah wa al-Qanuniyah**, Damanhur, v. 48, n. 48, p. 1.807-1.855, Jan. 2025. DOI: 10.21608/jlr.2025.348160.1606. Disponível em: https://jlr.journals.ekb.eg/article_413493.html. Acesso em: 15 dez. 2025.

Jordânia. **Constituição do Reino Hachemita da Jordânia de 1952, emendada em 2022.** Transliteração do árabe. Tradução livre nossa para o português brasileiro com o auxílio da ferramenta de Inteligência Artificial (IA) Deep Seek. Disponível em: https://mof.gov.jo/EN/List/The___Jordanian_Constitution. Acesso em: 8 dez. 2025.

Jordânia. Constitutional Court. **Decision of the Constitutional Court on appeal case No. (3) of 2023.** Amman, 19 March 2023. Disponível em: https://www.cco.gov.jo/ebv4.0/root_storage/en/eb_list_page/3-2023.pdf. Acesso em: 14 dez. 2025.

Jordânia. **Jordan: Constitution of 1952 and its amendments for 2011.** Disponível em: https://constitutionnet.org/vl/item/jordan-constitution-1952-and-its--amendments-2011-0. Acesso em: 8 dez. 2025.

Jordânia. **Jordan's Constitution of 1952 with Amendments through 2016.** Disponível em: https://faolex.fao.org/docs/pdf/jor128635e.pdf. Acesso em: 8 dez. 2025.

Jordânia. **Law No. 15 of 2012 (Jordan).** Issued on 16 Jun. 2012. Constitutional Court Law. Disponível em: https://www.cco.gov.jo/En/Pages/The_Law_of_the_Constitutional_Court. Acesso em: 8 dez. 2025.

Jordânia. **Lei Constitucional n.º 22 de 2022b.** Lei de Emenda à Lei do Tribunal Constitucional. Transliteração do árabe. Tradução livre nossa para o português brasileiro com o auxílio da ferramenta de Inteligência Artificial (IA) Deep Seek. Disponível em: https://www.cco.gov.jo/Default/Ar. Acesso em: 8 dez. 2025.

Ladi, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918-1929). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan.-abr. 2021. Disponível em: https:// https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i12185. Acesso em: 5 dez. 2025.

Levinson, Martin H. Mapping the Persian Gulf naming dispute. **ETC:** A Review of General Semantics, New York, v. 68, n. 3, p. 279-287, Jul. 2011. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/42579127. Acesso em: 25 dez. 2025.

Líbia. **2017 Proposal of a Consolidated Draft Constitution.** Submitted by a number of members of the Constitutional Consolidation Committee. Al-Bayḍā, 16 Apr. 2017. Disponível em: https://security-legislation.ly/latest-laws/2017-proposal-of-a-consolidated-draft-constitution. Acesso em: 7 dez. 2025.

MAHFOUDH, Mohamed Fadhel. Tunisia's Missing Court: Applying the Constitution Hill Guidelines in Tunisia. **Max Steinbeis Verfassungsblog gGmbH**, Berlin, 25 set. 2025. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/tunisias-missing-court/>. DOI: 10.59704/d94eecde9a3c4958. Acesso em: 16 dez. 2025.

MARROCOS. Loi organique n° 066-13 relative à la Cour constitutionnelle. **Bulletin Officiel du Royaume du Maroc**, Rabat, n. 6.288, p. 3.919-3.924, 4 sept. 2014. Disponível em: https://www.chambredesrepresentants.ma/fr/loi-organique-nde-g06613-relative-la-cour-constitutionnelle. Acesso em: 8 dez. 2023.

MARROCOS. **Morocco's Constitution of 2011.** Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011. Acesso em: 8 dez. 2025.

PALESTINA. **Law by Decree No. 19 of 2017.** Concerning the Amendment of the Law of the High Constitutional Court No. 3 of 2006. Disponível em: https://security-legislation.ps/latest-laws/law-by-decree-no-19-of-2017-concerning-the-amendment-of-the-law-of-the-high-constitutional-court-no-3-of-2006/. Acesso em: 8 dez. 2025.

PALESTINA. **Law of the High Constitutional Court No. 3 of 2006.** Disponível em: https://security-legislation.ps/latest-laws/law-of-the-high-constitutional-court-no-3-of-2006/. Acesso em: 8 dez. 2025.

SÍRIA. **Constitutional Declaration of the Syrian Arab Republic (2025).** Disponível em: https://constitutionnet.org/vl/item/constitutional-declaration-syria-2025. Acesso em: 7 dez. 2025.

SÍRIA. **Presidente Bashar al-Assad emitiu o Decreto n.º 127, renovando a nomeação do advogado Muhammad Jihad al-Laham como presidente do Supremo Tribunal Constitucional, renovando a nomeação de 6 membros e nomeando 4 novos.** Damasco, 16 mai. 2022. [Anexo: Decreto n.º 127. Damasco, 15 de maio de 2022.] Transliteração do árabe. Tradução livre nossa para o português brasileiro com o auxílio do navegador Google Chrome. Disponível em: http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5516&-cat=22999&. Acesso em: 14 dez. 2025.

SÍRIA. **Syrian Arab Republic: Constitution, 1973.** Disponível em: https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1973/en/38517. Acesso em: 7 dez. 2025.

SÍRIA. **Syrian Arab Republic's Constitution of 2012**. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Syria_2012. Acesso em: 7 dez. 2025.

TUNÍSIA. **Constitution de la République Tunisienne 1959.** 01-06-1959 (Version initiale). 01-07-1965. 30-06-1967. 31-12-1969. 19-03-1975. 08-04-1976. 09-06-1981. 25-07-1988. 06-11-1995. 27-10-1997. 02-11-1998. 01-06-2002. 28-07-2008. 28-07-2008a. Disponível em: https://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/constitution/const1025p.htm. Acesso em: 9 dez. 2025.

TUNÍSIA. **Constitution of the Tunisian Republic: June 1, 1959 (as Amended to July 28, 2008b).** Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2008. Acesso em: 9 dez. 2025.

Tunísia. **The 2022 Constitution of the Tunisian Republic.** Disponível em: https://www.kas.de/documents/265308/265357/English+Translation+of+the+2022+Constitution+of+Tunisia.pdf/b5a12daa-b05f-9d94-062e-9e6b228cc746?version=1.0&t=1686846575390. Acesso em: 7 dez. 2025.

Tunísia. **Tunisia: The Constitution of 2014.** Disponível em: https://constitutionnet.org/vl/item/tunisia-constitution-2014. Acesso em: 7 dez. 2025.

Ventura, Lorella. The "Arab Spring" and Orientalist stereotypes: the role of Orientalism in the narration of the revolts in the Arab world. **Interventions:** International Journal of Postcolonial Studies, Abingdon, v. 19, n. 7, p. 282-297, Mar.-Apr. 2017. DOI: 10.1080/1369801X.2016.1231587. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/1369801X.2016.1231587>. Acesso em: 15 dez. 2025.

A regulação e a supervisão do Direito ao esquecimento

Regulation and supervision of the right to be forgotten in life insurance

ADOLFO OLIVEIRA RAFAEL*

SUMÁRIO: *1. Introdução e delimitação do objeto. 2. Enquadramento do Direito ao esquecimento. 3. Enquadramento internacional do conceito de direito ao esquecimento no setor segurador: 3.1. França; 3.2. Espanha; 3.3. Luxemburgo. 4. A conciliação entre o direito ao esquecimento previsto no artigo 3.º da Lei 75/2021, a prática clínica e as suas implicações no setor segurador. 5. Os desafios associados à regulação e à supervisão da Lei n.º 75/2021: 5.1. Introdução aos desafios regulatórios; 5.2. Norma Regulamentar n.º 12/2024, de 17 de dezembro da ASF; 5.3. Desafios de supervisão. 6. Conclusão.*

RESUMO: Com a publicação da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, que reforça o acesso ao crédito e contratos de seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento, introduziu-se no Direito dos Seguros nacional uma inovação, a figura do direito ao esquecimento. Esta figura jurídica permite às pessoas que tenham superado ou mitigado certas situações de saúde ou de deficiência não serem afetadas por esse seu histórico clínico na contratação de seguros associados ao crédito à habitação ou consumo. Por força do artigo 3.º da referida lei estas pessoas não podem ser sujeitas a um aumento do prémio de seguro, nem à exclusão de garantias nos contratos, sendo que nenhum tipo de informação de saúde relativa à situação médica originadora desse risco de

* Licenciado e Mestre em Direito da Empresa, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Economia e Políticas Públicas pelo ISCTE. Doutorando em Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ressalva-se que as posições manifestadas não vinculam a entidade patronal do autor.

O presente artigo foi submetido para publicação em outubro de 2025, pelo que não contempla referências às posteriores alterações legislativas efetuadas quer por via do Decreto-Lei n.º 79/2026, de 17 de março, quer pela Lei n.º 14/2026, de 27 de abril.

https://orcid.org/0009-0008-2234-4329

saúde deve ser recolhida em contexto pré-contratual. Em síntese: a principal inovação do direito ao esquecimento consiste no seu efeito contracorrente porquanto num setor em que normalmente a atuação do legislador visa diminuir as assimetrias informativas, neste caso em concreto a Lei n.º 75/2021 veio como que fomentar essas mesmas assimetrias. O presente trabalho consiste num estudo sobre os desafios jurídicos e económicos que esta inovação legislativa acarreta na regulação e na supervisão do setor segurador.

Palavras-Chave: Seguros de vida; Direito ao esquecimento; Regulação; Supervisão; Discriminação.

Abstract: With the publication of Law No. 75/2021 of 18 November, which strengthens access to credit and insurance contracts for people who have overcome or mitigated situations of aggravated health risk or disability, prohibiting discriminatory practices, stated the right to be forgotten, an innovation was introduced into national insurance law: the concept of the right to be forgotten. This legal concept allows people who have overcome or mitigated certain health or disability situations not to be affected by their medical history when contracting insurance associated with mortgage or consumer credit. Under Article 3 of the mentioned law, these individuals cannot be subject to an increase in insurance premiums or the exclusion of guarantees in contracts, and no health information relating to the medical condition giving rise to this health risk may be collected in a pre-contractual context. In summary: the main innovation of the right to be forgotten consists of its countercurrent effect, since in a sector where the legislator normally seeks to reduce information asymmetries, in this specific case, Law No. 75/2021 has served to foster these same asymmetries. This paper is a study of the legal and economic challenges that this legislative innovation poses for the regulation and supervision of the insurance sector.

Key-words: Life insurance; Right to be forgotten; Regulation; Supervision; Discrimination.

1. Introdução e delimitação do objeto

Com a entrada em vigor da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, surgiu no setor segurador nacional o conceito de «direito ao esquecimento». Esta inovação legislativa confere a determinadas pessoas que superaram ou mitigaram certas doenças o direito de não indicarem esse histórico clínico nos questionários médicos normalmente solicitados previamente pelas seguradoras na contratação de seguros de vida associados ao crédito habitação e ao crédito ao consumo.

A *ratio legis* desta Lei assenta no objetivo de diminuir os entraves que as pessoas que padecem e/ou padeceram de determinadas maleitas normalmente encontram no momento de contratar este tipo de seguros de vida associados ao crédito. Note-se que muitas vezes os clientes com certos históricos clínicos são recusados pelas seguradoras ou então é-lhes aplicável um prémio com um valor muito superior ao aplicado a clientes em circunstâncias semelhantes (porém sem esse histórico clínico). Como normalmente as instituições financeiras condicionam o crédito à contratação destes seguros (que funcionam como garantias associadas ao contrato de mútuo), torna-se assim claro que a recusa por parte das seguradoras em contratar com estes clientes o seguro (ou a aplicação de prémios com valores elevados) inviabiliza geralmente o acesso ao crédito. Ou seja, o fim último desta Lei é permitir que os clientes nestas circunstâncias não veem o acesso ao crédito bancário negado por causa de uma eventual recusa da seguradora assente nesses motivos clínicos.

No entanto, o setor segurador é um ramo da atividade económica caracterizado por elevadas assimetrias informativas entre as partes e por esse motivo a intervenção legislativa costuma pautar-se por diminuir essas assimetrias. Inclusive a própria regulação económica aplicável a este setor é baseada no objetivo de colmatar os efeitos dessas assimetrias. Porém, a introdução do direito ao esquecimento no ordenamento nacional veio como que aumentar o nível de assimetria informativa entre as partes, pois ao conferir ao cliente o direito a não indicar certos historiais clínicos limita-se assim a capacidade de a seguradora avaliar adequadamente o risco concreto associado a esse cliente. Em suma, o direito ao esquecimento veio como que aumentar a falha de mercado que justifica a existência de regulação neste setor.

O objetivo deste trabalho consiste no estudo do impacto que o direito ao esquecimento tem na atividade seguradora e por conseguinte dos desafios que surgem à regulação desta inovação introduzida no setor segurador. O presente trabalho encontra-se dividido em cerca de quatro partes, sendo que na primeira parte será elaborado um estudo que visa enquadrar o surgimento desta Lei. Efetuaremos de seguida uma análise comparativa com a legislação de outros países europeus que possuem semelhanças próximas com a legislação nacional, e que permitirá demonstrar como esta Lei n.º 75/2021 se enquadra numa tendência europeia de criação de "direito ao esquecimento", bem como demonstraremos alguns dos problemas jurídicos existentes exclusivamente na legislação nacional e que não possuem paralelo com os demais diplomas legais estrangeiros. Na terceira parte avançaremos com algumas hipóteses de interpretação deste regime legal, tentando dessa forma avançar com soluções que viabilizem uma real aplicação deste diploma. Por fim neste trabalho focaremos os desafios lançados à regulação e à supervisão desta inovação legislativa.

2. Enquadramento do Direito ao esquecimento

A Lei n.º 75/2021 possui um total de 8 artigos, que analisaremos pormenorizadamente. Começando desde logo pelo artigo 1.º, em que se define o objeto da Lei, verifica-se que este diploma legal apenas abrange matérias relacionadas com os seguros de vida associados aos créditos à habitação e ao consumo. Ou seja, esta Lei visa fomentar o acesso ao crédito apenas aos clientes que enfrentam certas dificuldades na subscrição de um contrato de seguro de vida associado ao crédito.

No artigo 2.º são avançadas definições de quatro conceitos essenciais para a interpretação desta Lei, e que destacamos: Pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde; Pessoas que tenham superado situação de deficiência; Pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, e o conceito de consumidor[1].

Para efeitos da presente Lei, segundo a alínea a) do artigo 2.º, entende-se por "Pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde", as que tendo estado numa situação de risco agravado de saúde, conforme definida na alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto[2], já não se encontram nessa situação. Sendo que a razão pela qual já não se encontram nessa situação deve-se ao facto de terem sido submetidas a um "protocolo terapêutico que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos". Por exemplo, um cidadão que tenha sido diagnosticado em janeiro de 2015 com uma doença oncológica e que tenha terminado os tratamentos médicos em janeiro de 2025, não sendo desde essa altura considerado clinicamente como um doente oncológico, encontra-se assim, desde janeiro de 2025, abrangido por esta definição.

A submissão a um tratamento médico e o período temporal decorrido desde esse tratamento é fundamental para a aplicação do direito ao esquecimento, como se explicará mais adiante neste trabalho.

[1] Quanto a este último conceito, de consumidor, a Lei n.º 75/2021 não introduz uma definição autónoma, limita-se apenas a remeter para as definições existentes na alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, pelo que não nos iremos deter sobre este conceito.

[2] Note-se que a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, define na mencionada alínea c) do artigo 3.º que as "Pessoas com risco agravado de saúde" são as "pessoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida".

Na alínea b) do referido artigo 2.º da Lei surge definido o conceito de "Pessoas que tenham superado situação de deficiência". É referido que se entende nesse conceito todas as pessoas que tendo sido portadoras previamente de uma deficiência igual ou superior a 60%[3], e que tendo recuperado, tenham conseguido assim reduzir a sua incapacidade para um valor menor aos prévios 60%. Consideramos que nestes casos se enquadram, por exemplo, os de uma pessoa com deficiência motora (com uma incapacidade superior a 60%) que tenha sido submetida a uma cirurgia em que lhe são colocadas próteses que lhe permitem melhorar a sua locomoção, e por isso passa a ser portadora de uma incapacidade de 50%.

Note-se que neste caso que avançamos a pessoa continua segundo a tabela nacional de incapacidades a ser detentora de uma deficiência que lhe atribui uma incapacidade de 50%, porém para efeitos da aplicação da Lei n.º 75/2021, desde o momento em que foi submetida à operação que lhe diminuiu a incapacidade de 60% para 50% passou a ser considerada como tendo superado situação de deficiência. Ou seja, o conceito de superação de deficiência é aplicável na prática aos casos de redução de percentagem de incapacidade, pelo que em certa medida parece-nos que este termo carece desde logo de algum rigor terminológico, sendo que adiante neste trabalho abordaremos alguns exemplos práticos relativos à interpretação deste conceito.

Por fim, abordaremos agora o conceito de «Pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência», conforme definido na alínea c) do mencionado artigo 2.º da Lei n.º 75/2021. Segundo a definição aí constante, nesta enquadram-se as pessoas que estejam a ser submetidas a tratamentos com capacidade de "limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua situação de risco agravado de saúde ou de deficiência". Retomando o exemplo dado *supra* para os casos de superação, pense-se no caso de um doente oncológico diagnosticado em janeiro de 2015, que tendo sido operado ainda nesse ano para remoção de tumor, e posteriormente submetido a tratamentos de controlo/preventivos de uma recaída desde essa altura até ao término desses tratamentos em 01 de janeiro de 2025. Nesse caso, por exemplo, no período compreendido entre 01 de janeiro de 2022 (data de entrada em vigor da Lei n.º 75/2021) e 01 de janeiro de 2025 esta pessoa ainda não tinha terminado os tratamentos, ou seja, ainda não tinha superado, nos termos da alínea a) do n.º 2, porém já se encontrava em processo de mitigação, nos termos previstos na alínea c) do mesmo artigo 2.º, pelo que se enquadraria no conceito de pessoa que mitigou situação de risco agravado de saúde.

[3] Cfr. a Tabela Nacional de Incapacidades aprovada em anexo ao Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro.

Passando agora para o estudo do artigo 3.º, note-se que é neste que reside o cerne do diploma sendo inclusive a epígrafe denominada de "Direito ao esquecimento". No n.º 1 deste artigo estatui-se que as pessoas que tenham superado e/ou mitigado as situações de risco agravado de saúde têm direito:

i) a não ser sujeitas a um aumento de prémio e/ou exclusão de garantias no contrato que venham a celebrar;
ii) a que nenhum dos seus dados médicos, relacionados com o que deu origem ao risco agravado de saúde, sejam recolhidos e/ou tratados pela seguradora.

Quanto a este último preceito, sendo aparentemente simples encerra em si na verdade muita da complexidade deste diploma. Note-se que o intuito do n.º 1 do artigo 3.º consiste essencialmente em garantir que o histórico clínico causador da situação de risco agravado não é indagado por parte da seguradora. No entanto, atendendo à utilização de questionários clínicos para aferir o real risco de cada cliente, na contratação destes seguros, questiona-se em que moldes se poderão efetuar esses questionários tendo em consideração a inovação legal trazida em especial por este artigo 3.º da Lei n.º 75/2021?

Veja-se que os referidos questionários clínicos são regulados nos artigos 177.º e 178.º do RJCS, sendo que segundo o n.º 1 do artigo 177.º a contração pode ser condicionada à declaração sobre o estado de saúde e aos resultados dos exames médicos da pessoa segura, de maneira que a seguradora possa ter uma adequada avaliação do risco. Quer isto dizer que se por um lado a seguradora pode condicionar (e recusar, inclusive) a contratação com base no apuramento dos dados clínicos obtidos, por outro, de acordo com a Lei n.º 75/2021, fica limitada no acesso a alguns desses dados, e mesmo que tenha acesso a estes (por ser a sua seguradora num seguro de saúde, por exemplo), não os pode utilizar na apreciação do risco do cliente, pois fazendo-o incumpre com o previsto na Lei do direito ao esquecimento. Parece-nos assim que a única interpretação coerente destes dois diplomas, RJCS e Lei n.º 75/2021, é a que a seguir passaremos a descrever.

Desde logo, julgamos ser totalmente claro que desta Lei do direito do esquecimento resulta que não é possível à seguradora, nos seus documentos pré-contratuais, questionar diretamente o cliente sobre doenças representativas de um risco agravado de saúde decorridas em momento anterior ao dos prazos previstos no n.º 2 do mesmo artigo 3.º.

Passamos a explicar: no n.º 2 deste artigo 3.º estipulam-se os períodos que cada cliente, consoante o caso clínico, necessita de cumprir de modo a poder exercer o direito ao esquecimento previsto no n.º 1 deste mesmo artigo. A saber:

i) para os clientes que tenham superado a situação de risco agravado de saúde ou deficiência, é necessário que tenham decorrido 10 anos desde o fim do protocolo terapêutico aplicado, sendo que esse prazo diminui para 5 anos se a doença tiver sido diagnosticada antes dos 21 anos;
ii) para os clientes que tenham mitigado a situação de risco agravado de saúde ou deficiência, é necessário que tenham decorrido dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz.

Retomando novamente o cerne do problema associado aos questionários clínicos: defendemos que resulta claramente do texto da lei que nenhuma informação pode ser indagada de modo que a seguradora fique capaz de percecionar se o cliente se encontra ou não abrangido pelo direito ao esquecimento. Ou seja, a utilização de questões como por exemplo: "alguma vez foi submetido a tratamentos oncológicos?" ou "encontra-se abrangido pelo direito ao esquecimento conforme disposto na Lei n.º 75/2021?" seriam totalmente contrárias ao previsto no artigo 3.º da Lei do direito ao esquecimento.

Veja-se que nestes dois exemplos indicados se estaria a indagar diretamente o cliente sobre se este se encontrava ou não apto a exercer o direito ao esquecimento. No caso do exemplo da pergunta ao cliente sobre se esta Lei n.º 75/2021 lhe é ou não aplicável, tal é obviamente contrário ao disposto no artigo 3.º, sendo que se a pergunta for formulada de maneira genérica, mas com o mesmo intuito, tal também não é admissível[4]. No entanto, no primeiro exemplo, se o cliente for questionado sobre se "alguma vez foi submetido a tratamentos oncológicos", poder-se-á afirmar que se o período de submissão a esses tratamentos for inferior aos prazos indicados no n.º 2 que a seguradora possui toda a legitimidade para questionar tal. Inclusive tendo em consideração o disposto nos já mencionados artigos 177.º e 178.º do RJCS.

Porém, tal argumentação não procede, porque uma pergunta formulada nesses moldes genéricos, sem uma delimitação temporal, seria propícia a obter por parte do cliente informação abrangida pelo direito ao esquecimento. Pense-

[4] Cfr. Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume LXIII, n.º 1 e 2, 2022, (341-364), p.361. Adicionalmente, questões relacionadas com a obtenção de prestações sociais ou apoios associados a situações de incapacidade e/ou deficiência, se por um lado parece ser defensável que teriam o intuito de indiretamente indagar sobre a abrangência ou não do cliente no direito ao esquecimento, por outro podem constituir uma legítima forma de a seguradora cumprir com os deveres de identificação da origem dos fundos do cliente, previstos por exemplo na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Ou seja, existem diversos desafios de coerência na aplicação do direito ao esquecimento com o disposto nos vários e diversos diplomas legais aplicáveis ao setor segurador.

-se no caso do cliente que tendo 40 anos no momento de preenchimento desse questionário, informe perante uma questão desse género que foi submetido a um tratamento oncológico quando tinha 10 anos. Tendo decorrido 30 anos, este encontra-se abrangido pelo direito ao esquecimento, porém, respondendo de modo exato à questão formulada, conforme aliás se encontra obrigado por via do n.º 1 do artigo 24.º do RJCS.

Daqui resulta também um outro aspeto, bastante importante: a Lei do direito ao esquecimento veio como que instituir, indiretamente, um direito a mentir nos questionários clínicos, sobre situações de saúde que estejam abrangidas pelo disposto neste regime. Retomando o exemplo do cliente com 40 anos, e doente quando tinha 10 anos, se este propositadamente, ciente do direito ao esquecimento, indicasse no questionário que nunca tinha sido submetido a um tratamento oncológico, não seria em nossa opinião argumentável que tal seria uma omissão dolosa nos termos do artigo 25.º do RJCS. Assim se evidencia um dos vários problemas associados a este diploma legal: a dificuldade de conciliação de vários aspetos fundamentais do setor segurador. Todos estes problemas originados a montante provocam, a jusante, ao regulador setorial desafios acrescidos, que abordaremos posteriormente neste trabalho.

Em suma, consideramos que a única forma de conciliar o direito ao esquecimento com os demais preceitos do RJCS passa desde logo por admitir que desde a entrada em vigor desta Lei n.º 75/2021 deixou de ser permitido às seguradoras efetuarem questões genéricas, passíveis de obter junto dos potenciais clientes respostas que permitam verificar se estes se encontram ou não abrangidos pelo direito ao esquecimento. Assim sendo, julgamos que apenas se torna possível cumprir com o disposto na Lei n.º 75/2021 se as seguradoras passarem a formular perguntas temporalmente definidas com base nos prazos do n.º 2 do artigo 3.º desta Lei. Por exemplo: "foi submetido a tratamentos oncológicos nos últimos 9 anos?" ou "no último ano realizou tratamentos com o intuito de mitigar uma deficiência?". Em ambos os casos estas perguntas, ao possuírem marcos temporais menores do que os previstos na lei não representam por parte da seguradora um incumprimento ao direito ao esquecimento. Bem pelo contrário, reportando-se aos períodos temporais que conforme definido na Lei n.º 75/2021 ainda não são suficientes para a aplicação do direito ao esquecimento, podem assim as empresas de seguros questionar sobre o histórico integral de informação existente nesse período. Dito de modo diferente: perguntas que sejam sobre os anos mais recentes e inferiores aos prazos incluídos na lei, por exemplo sobre cirurgias médicas decorridas nos últimos 8 anos (ou seja, inferior aos 10 anos previstos na alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021), não colidem com o disposto na Lei do direito ao esquecimento.

Aliás, como bem realça Rodrigues Rocha o direito ao esquecimento consiste não num verdadeiro "direito a esquecer", mas antes num direito a "não fazer saber ao segurador" determinadas informações, pelo que a seguradora não pode esquecer o que em bom rigor nunca chegou a saber sobre o cliente[5].

Assim se conclui que a designação "direito ao esquecimento" pode numa primeira leitura induzir o intérprete a considerar que este conceito emana e se encontra relacionado com matérias reguladas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, o que manifestamente não corresponde à realidade[6]. Este termo surge na Lei n.º 75/2021 como que resultado da importação do conceito "*droit à l'oubli*" presente na legislação francesa, luxemburguesa e belga[7]. Sendo que na doutrina espanhola é comum a referência ao conceito "*derecho al olvido oncológico*"[8] e na doutrina italiana ao "*diritto all'oblio oncologico*"[9]/[10]. O facto de a doutrina mencionar claramente no conceito o termo "oncológico" denota que nesses países as leis aplicáveis, com um âmbito semelhante ao da lei portuguesa, se focam essencialmente nas doenças oncológicas, como adiante melhor abordaremos neste trabalho. No caso português julgamos ser indiscutível que não seria correto designar a Lei n.º 75/2021, mesmo que informalmente, como uma lei que prevê um direito ao esquecimento de doenças oncológicas, pois o âmbito deste diploma legal é muito mais vasto, abrange inclusive a superação e a mitigação de deficiência. Não obstante este realce, abordaremos adiante neste

[5] Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas,* p.344.

[6] A proteção que o RGPD confere aos dados clínicos enquanto dados pessoais (artigo 9.º) não será abordada neste trabalho, pois extravasa o âmbito deste. Apenas se denota o facto de que os âmbitos de atuação destes dois diplomas (RGPD e Lei n.º 75/2021) são distintos. Tal como é admitido por Rodrigues Rocha, poderá em último caso ser útil recorrer ao RGPD para ajudar à interpretação do conceito de dados de saúde. Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas,* p.356.

[7] Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas*, p.349.

[8] Joseba Josu Sagasti Aurrekoetxea, *El derecho al olvido oncológico en el derecho de seguros & entidades financieras & consumidores*, Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados 197 (2024): 173-240.

[9] Mirko Faccioli, et. al., *Il diritto all'oblio oncologico nella ln 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei cancer survivors*.

[10] A este respeito veja-se que segundo Balmaseda: "La propia raíz lingüística de "derecho al olvido" ofrece una idea de su objeto y dimensión. Expresiones acuñadas en el siglo pasado en Italia ("diritto all'oblio") y Francia (droit à l'oubli"), con las que se significaba el derecho de los condenados penalmente, y rehabilitados, a que los hechos relativos al delito cometido o su condena no se publicaran, ofrecen la dimensión que se persigue con esta tipificación." María Ángeles Egusquiza Balmaseda, *Olvido oncológico: protección de datos de salud y no discriminación.*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) 22 (2023): 15-29, p.18.

trabalho, com maior profundidade, esta comparação entre os diplomas legais aplicáveis em diferentes países. Por agora pretendemos apenas anotar que a Lei n.º 75/2021 carece, em nossa opinião, de acuidade nos termos utilizados, sendo o conceito de direito ao esquecimento o mais flagrante, porém não o único[11].

Passaremos nesta etapa do trabalho à análise aos artigos 4.º, 5.º e 6.º do diploma, sendo que nestes artigos procedeu-se a alterações a outros diplomas, que se encontram interligados à Lei n.º 75/2021. Por via do artigo 4.º foram alteradas algumas disposições da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. Por via do artigo 5.º e 6.º foram respetivamente alteradas e aditadas algumas disposições do Regime jurídico do contrato de seguro, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (RJCS). Como sugestivamente argumenta Luís Poças, estes diplomas constituem três peças do mesmo puzzle[12].

Começando pela Lei n.º 46/2006, foi enxertado nesta, por via deste artigo 4.º da Lei do direito ao esquecimento, o conceito de "pessoas com risco agravado de saúde". O objetivo foi alargar o âmbito de pessoas abrangidas, por comparação à anterior definição que constava desta Lei n.º 46/2006[13].

Mais relevante para este trabalho foram as modificações introduzidas no RJCS, pela Lei n.º 75/2021. Quanto ao artigo 5.º desta, que procede a alterações ao artigo 15.º do RJCS, relativo à proibição de práticas discriminatórias. Realçamos entre essas as seguintes:

i) a redação do n.º 2 deste artigo passou a prever que se consideram práticas discriminatórias quer ações quer omissões (dolosas e/ou negligentes) que violem o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP e que impliquem assim desse modo para as pessoas abrangidas por esta Lei do direito ao esquecimento um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável. Reme-

[11] Veja-se também a utilização da expressão "superação de deficiência" para designar os cenários em que o cliente diminuiu a incapacidade, ou a expressão "seguros obrigatórios ou facultativos" utilizada neste diploma legal. Note-se que não existem seguros de vida associados quer a crédito à habitação quer ao consumo que sejam legalmente obrigatórios. Veja-se quanto a este último aspeto Rodrigues Rocha, que menciona que no limite pode considerar-se como "obrigatoriedade em sentido impróprio" por serem impostos estes seguros como condições de acesso ao crédito pelas entidades bancárias. Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas*, p.351.

[12] Luís Poças, *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros*. Revista de Direito Comercial, 2022, (127-198), p.132 e ss.

[13] Francisco Rodrigues Rocha, *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas*, p.348.

tendo este n.º 2 para os termos da Lei n.º 46/2006, no que concerne ao conceito de "pessoa em situação comparável";

ii) no n.º 3 deste artigo 15.º ressalva-se, no entanto, e por contraponto ao disposto no número anterior que na fase da subscrição as seguradoras, em tudo o que não estejam proibidas pelo artigo 15.º-A, podem como que proceder a práticas discriminatórias desde que devidamente fundamentadas. A fundamentação terá forçosamente de ser baseada em dados estatísticos e atuariais. Note-se que conjugado com este número surge o disposto no n.º 4 do artigo 15.º, em que se dispõe que no caso de recusa de celebração de um contrato de seguro (ou de um agravamento das condições contratuais, mormente do prémio) em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, o segurador deverá, de acordo com os dados obtidos, prestar ao cliente informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, nos termos dos n.º 3 a 6 do artigo 178.º;

iii) o n.º 10 deste referido artigo 15.º passou a estipular que se proíbem as práticas que discriminem entre a saúde física e a saúde mental e/ou psíquica.

Passando agora para o artigo 6.º da Lei do direito ao esquecimento, que enxertou um novo artigo ao RJCS, neste caso os artigos 15.º-A e 15.º-B. No entanto, realçamos que o artigo 15.º-B não possui tanto relevo para este trabalho como o 15.º-A, pelo que focaremos essencialmente este estudo no que artigo mais significativo, o artigo 15.º-A, que prevê a criação do acordo nacional de acesso ao crédito e a contratos de seguro (doravante "acordo nacional").

Prevê-se neste artigo 15.º-A do RJCS que o Estado celebrará um acordo nacional, essencialmente entre si e as empresas de seguros (pese embora se preveja a integração de outras entidades, tais como instituições de crédito e associações representativas dos doentes cujas doenças sejam abrangidas por este diploma)[14]. Neste acordo pretende-se, entre outros objetivos assegurar o acesso a estes produtos de seguros sem que existam discriminações associadas ao historial médico abarcado por este regime. Entre os demais propósitos deste acordo, realçamos que neste se deverá definir, segundo a alínea c) do n.º 2 do presente

[14] Sendo que segundo o n.º 5 do artigo 15.º-A o acordo nacional aplica-se a todas estas instituições financeiras (sendo que o legislador as volta a enumerar). Consideramos que este n.º 5 pretende clarificar que mesmo que a negociação do acordo, por alguma vicissitude, não abranja todas as instituições, que após este ser celebrado o mesmo passará a vigorar para todas as instituições financeiras que atuam em Portugal.

artigo, o conjunto de dados e informações de saúde que podem ser exigidos aos clientes de modo a garantir assim o cumprimento do previsto no artigo 3.º da Lei do direito ao esquecimento[15].

Realce-se que o aspeto prático mais importante do acordo nacional é a definição de uma grelha de referência de doenças, ou incapacidades, abrangidas por este diploma do direito ao esquecimento, conforme se estipula no n.º 7 do artigo 15.º-A. Saliente-se também o facto de que no seu n.º 12 o artigo 15.º-A, estipular que, entre outros motivos, na falta de acordo as matérias que neste seriam abrangidas são definidas por decreto-lei.

Por último, realça-se que em caso de incumprimento do disposto no artigo 15.º-A do RJCS, a Lei n.º 46/2006, por via da alteração que lhe foi introduzida pelo artigo 4.º da Lei do direito ao esquecimento, passou a prever no artigo 9.º as contraordenações aplicáveis.

Terminado este introito ao regime legal nacional, cabe agora confrontá-lo com alguns exemplos estrangeiros, de modo a melhor apurar as complexidades (e algumas especificidades) do regime português, pelo que se passará a efetuar essa comparação no próximo capítulo.

3. Enquadramento internacional do conceito de direito ao esquecimento no setor segurador

O direito ao esquecimento surge em Portugal como que fruto de uma tendência europeia, pelo que se efetuará neste capítulo uma análise aos semelhantes diplomas legais de três países europeus, que instituíram a figura do direito ao esquecimento e cuja proximidade cultural, jurídica e social, leva a que sirvam de bons pontos de comparação na análise da Lei n.º 75/2021. Tal confronto comparativo, entre diferentes diplomas legais estrangeiros permite, como se verificará adiante, apurar melhor certos aspetos inovatórios presentes na Lei n.º 75/2021, que por seu turno resultam num acrescido desafio à regulação e à supervisão desta. Serão assim abordados de seguida os países cuja proximidade entre legislações permite traçar comparações com a Lei n.º 75/2021.

3.1. França

A França foi a nação pioneira na instituição da figura do direito ao esquecimento. No seu *Code de la santé publique* os artigos L1141-1 a L1141-6 são

[15] Note-se, no entanto, que segundo o n.º 6 deste artigo 15.º-A é aberta a possibilidade a que o acordo defina prazos mais favoráveis aos consumidores.

votados a esta matéria[16]. Estes artigos foram aditados ao referido código francês por via do disposto no artigo 14.º da *Ordonnance n°2013-544* de 27 de junho de 2013, e entraram em vigor em 01 de janeiro de 2014.

Relevante para este nosso estudo é, fundamentalmente, o constante do artigo L1141-2, pois neste dispõe-se sobre a *convention Aeras (s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé)*. Este acordo nacional é relativo ao acesso ao crédito por parte de pessoas que devido à sua condição de saúde ou de deficiência representem um risco agravado. Sendo a *convention Aeras* estabelecida entre o Estado francês e as instituições de crédito, empresas de seguros, mútuas, bem como organizações que representem os doentes e pessoas com deficiência. É referido que os três objetivos do acordo são:

i) facilitar o acesso aos seguros associados aos empréstimos, solicitados por pessoas com risco agravado de saúde ou deficiência;
ii) prever a que as instituições de crédito passem a ter em conta garantias distintas do seguro de vida;
iii) definir os moldes em que se poderá solicitar este tipo de informação de saúde.

Nesse mesmo artigo L1141-2 é referido também que qualquer pessoa que, devido ao seu estado de saúde ou de deficiência, apresente um risco agravado de saúde, pode beneficiar deste acordo. Note-se que na legislação portuguesa, de acordo com o que resulta de uma interpretação integrada dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 75/2021, se conclui que apenas algumas pessoas com risco agravado de saúde, apenas certos portadores de deficiência, e apenas alguns doentes é que são abrangidos pelo direito ao esquecimento.

Retomando o estudo sobre o conteúdo da *convention Aeras*, segundo o previsto no artigo L1141-2-1, entre outras matérias, deverá constar do teor deste acordo o seguinte:

[16] No artigo L1141-1 na prática proíbe-se o recurso a testes genéticos para avaliação dos riscos de saúde dos clientes. Essa proibição abrange as entidades que ofereçam coberturas quer de vida quer de invalidez, o que corresponde claramente à oferta comum de produtos por parte das empresas de seguros. No caso português, segundo o n.º 2 do artigo 177.º do RJCS, a realização de testes genéticos enquanto exame médico prévio à celebração do seguro ou a solicitação de informação genética é regulada em legislação especial. Veja-se ainda o Decreto-Lei n.º 131/2014, de 29 de agosto que Regulamenta a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, no que se refere à proteção e confidencialidade da informação genética, às bases de dados genéticos humanos com fins de prestação de cuidados de saúde e investigação em saúde, às condições de oferta e realização de testes genéticos e aos termos em que é assegurada a consulta de genética médica.

i) um mecanismo de mutualização, que permita, dependendo dos recursos dos requerentes de empréstimo, limitar o custo adicional resultante do risco agravado para o seguro de morte e invalidez realizado como garantia de crédito à habitação destinado à aquisição da residência principal (n.º 6 do artigo L1141-2-1);
ii) o procedimento aplicável à análise dos pedidos de empréstimo e as modalidades segundo as quais a pessoa é informada dos motivos da recusa do seguro (n.º 8 do artigo L1141-2-1).

Quanto ao mecanismo de mutualização, tal evidencia indiretamente que poderá ser aplicado um prémio ligeiramente mais elevado a estes clientes, tendo em consideração o seu risco agravado, porém esse agravamento deverá ser economicamente comportável por estes. Relativamente à informação sobre os motivos da recusa, tal demonstra também que é possível à empresa de seguros em França proceder à recusa de alguns destes riscos, ficando assim obrigada a fundamentar os motivos da recusa.

O artigo L1141-5 é também bastante fulcral para este nosso estudo, pois neste artigo encontra-se disposto que:

i) Na *convention Aeras* se determina as modalidades e os prazos após os quais as pessoas que sofreram de uma doença cancerígena não podem, por esse motivo, ser sujeitas a um aumento dos prémios ou sujeitos à exclusão de determinadas garantias nos seus contratos de seguro, e também se define que na convenção se estipulará igualmente os prazos após os quais nenhuma informação médica relativa a doenças oncológicas pode ser recolhida pelas seguradoras nesse contexto;
ii) Que a lista de patologias e os prazos mencionados são fixados numa tabela de referência, que permite assim fixar, para cada uma das patologias, os prazos após os quais não será aplicado qualquer aumento de tarifas ou exclusão de garantias, nem serão recolhidas quaisquer informações médicas relativas às patologias em causa;
iii) Sendo que também é explicitamente indicado que de todo o modo e independentemente do prazo estipulado no acordo, que nenhuma informação médica relativa a patologias oncológicas e hepatite viral C pode ser recolhida pelas seguradoras cinco anos a partir do final do protocolo terapêutico;
iv) Prevê-se a possibilidade de a *convention Aeras* ser extensível a doenças não oncológicas, nomeadamente crónicas, desde que os avanços médicos e os dados científicos comprovem a capacidade dos tratamentos em causa para limitar de forma significativa e duradoura os seus efeitos.

Por último, realçamos o disposto no artigo L1141-6, que estipula que as pessoas que sofrem ou sofreram de uma doença considerada de risco agravado para a saúde não podem ser sujeitas simultaneamente a um aumento do prémio e a uma exclusão da garantia relativa a essa mesma patologia nos seus contratos de seguro associados ao crédito.

3.2. Espanha

Em Espanha a introdução do direito ao esquecimento no setor segurador deu-se em 2023, quando foi publicado o *Real Decreto-ley 5/2023*, de 28 de junho. Este diploma não versava apenas sobre matérias relacionadas com o direito ao esquecimento[17], sendo uma autêntica "miscelânea de regulações"[18] porém dedicou a esta matéria os seus artigos 209.º e 210.º. Principiaremos, no entanto, por realçar o texto incluído no preâmbulo deste *Real Decreto-Ley* e seguidamente passaremos à análise destes dois artigos.

No preâmbulo é indicado que neste diploma constam medidas que possuem o intuito de fazer efetivo "*el derecho al olvido en la contratación de seguros (…) de los pacientes de patologías oncológicas*". Por contraponto com a legislação portuguesa, verifica-se desde logo no preâmbulo deste diploma espanhol uma maior clareza sobre o âmbito real de aplicação do direito ao esquecimento, visto que em momento algum na Lei n.º 75/2021 o legislador nacional menciona este tipo de patologias. Em bom rigor, em nenhum momento a lei portuguesa do direito ao esquecimento especifica qualquer tipo de doença que seja, ou não, abrangida.

Passando do preâmbulo para os artigos 209.º e 210.º do diploma legal espanhol, realçamos desde logo que estes alteram diferentes diplomas legais espanhóis. Começando pelo artigo 209.º, este procede a alterações à *Ley 50/1980*,

[17] Abrangia, ao todo, de acordo com o preâmbulo, as seguintes matérias: "medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea". Existe assim uma clara diferença para o caso nacional, em que o legislador dedicou um diploma, a Lei n.º 75/2021, exclusivamente a esta matéria, atribuindo assim, em nosso entender, ainda que simbolicamente, a dignidade e a autonomia que esta matéria merece no ordenamento jurídico.

[18] A este respeito veja-se que segundo María Ángeles Egusquiza Balmaseda, *Olvido oncológico: protección de datos de salud y no discriminación.*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) 22, 2023, (15-29), p. 24.

de 8 de outubro, relativa ao contrato de seguro, e equiparável ao RJCS português.

Passaram assim a constar no artigo 10.º da *Ley 50/1980* as seguintes disposições:

i) O tomador do seguro que contrate um seguro de vida não está obrigado a declarar se padeceu (ou se a pessoa segura padeceu, caso seja diferente do tomador) de uma doença cancerígena desde que tenham passado cinco anos desde o fim do tratamento e sem que tenha existido posteriormente uma recaída;
ii) Ultrapassado o referido prazo dos cinco anos, a empresa de seguros não poderá considerar a existência de antecedentes oncológicos no cálculo do risco, ficando assim proibida qualquer tipo de discriminação com base no historial clínico oncológico.

Note-se que tal como no caso português, apenas é aplicável aos seguros de vida, pelo que na contratação de outros seguros não se aplica o direito ao esquecimento, valendo antes os deveres gerais de informação do risco, resultantes da *Ley 50/1980*[19].

Adicionalmente, procedeu este artigo 209.º do *Real Decreto-Ley* também à alteração à *disposición adicional quinta*[20], da Ley 50/1980, constando desta:

i) No seu n.º 1, uma proibição de discriminação de portadores do vírus VIH/SIDA ou de outras condições de saúde (porém não são especificadas de quais se trata);
ii) Sendo que se esclarece também que essa proibição é aplicável em especial aos casos em que exista recusa de contratar por parte das seguradoras, e/ou utilização de condições mais onerosas, exceto se essa discriminação estiver devidamente justificada, seja proporcional e razoável. Em tudo, este n.º 1 da *disposicion adicional quinta* parece semelhante ao conteúdo disposto no nosso artigo 15.º do RJCS.
iii) No n.º 2 desta *disposicion adicional quinta* estipula-se exatamente o mesmo tipo de proibição presente no n.º 1, mas agora para os doentes oncológicos cujos tratamentos tenham finalizado há mais de 5 anos. Porém, a grande diferença entre estes dois números é que ao invés do n.º 1 que

[19] Neste sentido Joseba Josu Sagasti Aurrekoetxea, *El derecho al olvido oncológico en el derecho de seguros & entidades financieras & consumidores,* p. 208
[20] Estas disposições adicionais constantes da *Ley 50/1980* correspondem na prática a adendas inseridas no fim do diploma.

> salvaguarda um conjunto de exceções em que se permite a discriminação dos portadores de VIH/SIDA e de outras doenças por parte do segurador, no n.º 2 não é efetuada qualquer ressalva.

Assim se conclui que o intuito do legislador espanhol consiste em conferir uma maior proteção aos doentes oncológicos cujos tratamentos tenham finalizado há mais de 5 anos, não permitindo que estes sejam sequer discriminados (nos casos em que tal é admissível por parte da seguradora, ou seja, quando seja justificado, proporcional e razoável) no acesso ao seguro como acontece com os portadores de VIH/SIDA ou de outras doenças.

Em bom rigor, o direito ao esquecimento em Espanha aplica-se exclusivamente às doenças oncológicas, por contraponto ao direito ao esquecimento em Portugal, que é muito mais abrangente a nível de patologias.

Outra diferença patente entre os dois diplomas é que no caso espanhol o período se encontra definido em cinco anos, para todos os casos independentemente da idade em que tenha ocorrido a doença, ao invés do caso português em que se define um prazo de dez anos, porém podendo ser antes cinco anos caso a doença tenha iniciado antes de o cliente ter efetuado 21 anos.

Passando agora para o artigo 210.º do *Real Decreto-Ley,* por via deste procedeu-se a uma alteração à *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprovada pelo *Real Decreto Legislativo 1/2007*, de 16 de novembro. Consta agora nessa lei a seguinte disposição: passa a não ser possível, nos "*contrato de consumo*", independentemente do setor, solicitar ao consumidor informação sobre o seu histórico oncológico desde que tenham decorrido cinco anos do fim do tratamento (n.º 2 da *Disposición adicional única*)[21]/[22]. Daqui se retira que em Espanha vigora um direito ao esquecimento em

[21] Neste n.º 2 é indicado na íntegra o seguinte: "Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Al efecto, de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector, no se podrá solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que haya padecido cáncer en los casos anteriores."

[22] Balmaseda alerta que "Esta disposición se introduce para todo tipo de "contrato de consumo". Ello supone que se encuentran sujetos a aquella, en el tratamiento de datos, todos los contratos y no sólo los de seguro sobre la vida o préstamo, que son los que han justificado la tipificación del derecho al olvido oncológico en la Resolución del Parlamento Europeo. La deslegalización prevista faculta al Gobierno para modificar, de futuro, los plazos establecidos conforme al avance de la ciencia y experiencia en el sector." María Ángeles Egusquiza Balmaseda, *Olvido oncológico: protección de datos de salud y no discriminación,* pp.27-28

todos os setores económicos em que possa existir discriminação destes clientes, ao contrário de Portugal, em que apenas se aplica na contratação de seguros de vida associados ao crédito.

Por último, como bem refere Aurrekoetxea, o *Real-Decreto* menciona que visa "medidas para hacer efectivo el derecho al olvido oncológico en la "contractacion de seguros y productos bancários"" porém não existe nenhuma disposição nesse diploma relativamente ao exercício do direito ao esquecimento relativamente aos produtos bancários, o que consubstancia na opinião deste numa deficiente técnica legislativa[23].

Veja-se que o caso português é em tudo semelhante, pois o direito ao esquecimento apenas se aplica, de facto, às empresas seguradoras, ou seja, onerando somente estas. Nada dispondo de verdadeiramente significativo relativamente às instituições bancárias, pese embora na designação a Lei n.º 75/2021 seja identificada como possuindo o intuito de reforçar o acesso ao crédito.

3.3. Luxemburgo

O caso luxemburguês constitui um exemplo distinto dos dois anteriores abordados neste estudo, pois neste país a figura do direito ao esquecimento não surgiu por via legislativa, mas antes por um acordo estabelecido entre o Estado Luxemburguês e empresas de seguros. Este acordo intitulado "*Convention «droit a l'oubli» s'assurer et emprunter avec un risque de sante aggrave en raison d'une pathologie cancereuse ou d'une infection virale a l'hepatite C ou d'une infection par le VIH*" (doravante *Convention*) foi firmado em 29 de outubro de 2019 e passou a ser aplicável a partir de 01 de janeiro de 2020.

Segundo consta no preâmbulo, é objetivo deste acordo facilitar o acesso ao seguro a pessoas que apresentam um risco agravado devido a uma patologia oncológica, uma infeção viral por hepatite C ou uma infeção por VIH. Ou seja, existe desde logo uma clarificação das patologias abrangidas por contraponto à Lei n.º 75/2021, que nunca menciona expressamente doenças.

A *Convention* possui oito artigos e um anexo composto por duas partes. Começando pelo articulado deste acordo, no artigo 1.º é definido o âmbito do acordo. Aí estipula-se que abrange apenas os seguros associados ao crédito, somente na cobertura de morte (excluindo expressamente as coberturas de invalidez e incapacidade), e quando estes estejam associados a um crédito para aquisição de habitação principal ou de estabelecimento profissional, e desde

[23] Joseba Josu Sagasti Aurrekoetxea, *El derecho al olvido oncológico en el derecho de seguros & entidades financieras & consumidores,* p.225.

que não ultrapasse o valor de um milhão de euros. Sendo mesmo expresso no segundo parágrafo deste artigo que a *Convention* não se aplica em caso de aquisição de uma segunda residência nem a investimentos com fins de arrendamento.

Verificam-se assim desde já várias diferenças quando confrontado este acordo com o disposto na Lei n.º 75/2021, que enumeramos:

i) somente se aplica à cobertura de morte, no caso nacional aplica-se o direito ao esquecimento a todo o contrato de seguro de vida associado ao crédito, ou seja, quer ao risco de morte quer de invalidez;
ii) apenas pode ser aplicado à aquisição de uma única habitação, quando em Portugal não existe um limite definido na Lei, pelo que se deduz que poderá ser aplicável inúmeras vezes a Lei n.º 75/2021;
iii) é estipulado um valor máximo no acordo luxemburguês, ao invés do caso nacional em que nenhum teto máximo de preços foi estipulado.

Nos artigos 2.º da *Convention*, é regulado o direito ao esquecimento nos casos em que não é necessário ser declarado pelo cliente. Ou seja, segundo o disposto neste artigo:

i) as empresas de seguros signatárias comprometem-se a não ter em conta qualquer informação médica relativa a uma patologia oncológica na aceitação do risco e no cálculo dos prémios do seguro, desde que o protocolo terapêutico relativo a essa patologia tenha terminado há mais de 10 anos, sem recidiva. Nos cancros diagnosticados até aos 18 anos o prazo estabelecido diminui para 5 anos desde o fim do protocolo terapêutico;
ii) o cliente tem o direito de não declarar a sua patologia oncológica, desde que o protocolo terapêutico relativo a essa patologia oncológica tenha terminado dentro dos prazos que se acabaram de descrever *supra*.

Ou seja, resulta deste artigo 2.º que, por um lado, as empresas seguradoras se devem abster de utilizar informação clínica que seja abrangida pelo direito ao esquecimento, e por outro lado, que o cliente possui um direito a ocultar essa informação desde que transcorridos os prazos definidos na *Convention*. Se relativamente aos prazos não existem grandes diferenças com o caso português, excetuando a fasquia dos 18 anos no caso luxemburguês e os 21 anos no caso previsto na lei portuguesa, ou seja, é mais benéfica a disposição existente em Portugal, pois abrange até uma idade superior.

Relativamente à clareza com que se encontra descrito o direito a não informar a seguradora, destaque-se que a diferença é tremendamente notória

em comparação com a realidade portuguesa. Note-se que na Lei n.º 75/2021 nunca surge uma estipulação que expressamente indique um direito a sonegar informação, abrangida pelo direito ao esquecimento, à seguradora.

Sendo certo que uma interpretação integrada do diploma legal português permite afirmar que existe como que um direito implícito a não informar a seguradora de um histórico clínico abrangido pela Lei n. 75/2021. Porém, quando feito o contraponto com a *Convention* torna-se bem visível que neste artigo 2.º ficou patente um direito a não informar. Julgamos que o legislador nacional poderia ter ido mais longe na redação da Lei n.º 75/2021 e claramente ter estipulado um direito a não informar, ou de modo coloquial um "direito a mentir". Não é sequer certo que as empresas de seguros em Portugal se manifestassem totalmente contrárias a tal disposição, pois realce-se que no Luxemburgo se efetuou este acordo entre o Estado e as empresas do setor segurador, ou seja, esta "sonegação de informação" foi inclusive aceite por essas empresas.

Por fim, realce-se o facto de neste artigo 2.º se incluir uma definição clara do conceito de protocolo terapêutico e que consiste num tratamento ativo do cancro, por cirurgia, radioterapia, quimioterapia, realizados em estrutura autorizada, em que não é necessário qualquer outro tratamento, exceto a possibilidade de uma terapia persistente do tipo hormonoterapia ou imunoterapia. E avança-se também com uma definição de recidiva, indicando-se tratar-se de qualquer nova manifestação do cancro clinicamente constatada, seja através de um exame clínico, biológico ou imagiológico.

Fica assim novamente patente o contraste com a legislação nacional, que em momento algum definiu o conceito de protocolo terapêutico, deixando assim uma maior margem de discricionariedade ao intérprete da norma.

No artigo 3.º da *Convention*, este vem derrogar em certos casos o artigo 2.º, pois estabelece uma lista de patologias oncológicas específicas (bem como a hepatite C), com prazos de acesso ao seguro mais curtos do que os prazos estabelecidos de 10 anos, e de 5 anos, respetivamente, previstos no já mencionado artigo 2.º. Ou seja, este artigo 3.º remete para duas tabelas em anexo à *Convention*, sendo que na primeira, a "tabela I", são listados os cancros com períodos mais curtos para proceder ao acesso ao direito ao esquecimento. Por exemplo, no caso do cancro do testículo, consoante o estádio clínico da doença, os prazos variam entre 3 e 6 anos. No caso do cancro do colon e do recto, os prazos também variam, mas com um dado adicional, apenas para os clientes diagnosticados após os 50 anos. Ou seja, na prática, os clientes diagnosticados com menos de 50 anos necessitam sempre de esperar pelos prazos estipulados no artigo 2.º, porém, caso possuam mais de 50 anos no momento do diagnóstico da doença, somente necessitam de aguardar entre 1 a 8 anos consoante o estádio

clínico da doença. No caso da Hepatite C, encontra-se definido um prazo de 48 semanas após o fim dos tratamentos. Por último, cabe realçar que somente algumas doenças do foro oncológico constam desta tabela I, pelo que se deduz que todas as demais são abrangidos pelos prazos gerais estabelecidos no artigo 2.º da *Convention*.

Quanto ao segundo anexo, a sua "tabela II" é totalmente dedicada a certas condições em que os doentes com VIH podem aceder ao direito ao esquecimento. Nesta tabela II encontra-se um conjunto de pressupostos clínicos que necessitam de ser cumpridos de modo que os doentes em causa possam aceder ao direito ao esquecimento num prazo de 2 anos após o diagnóstico.

Daqui se conclui que por comparação à Lei n.º 75/2021, a *Convention* possui uma clareza superior na definição de quais as doenças abrangidas. Verifica-se também que estabelece uma diferenciação de prazos, entre os «prazos padrão» estipulados no artigo 2.º e os «prazos especiais» definidos para certas doenças no artigo 3.º, cuja diferenciação garante como que dois níveis de proteção aos consumidores.

No primeiro nível de proteção, temos a estipulação de um prazo geral de por exemplo 10 anos para acesso ao direito ao esquecimento. Dentro desse prazo geral, na prática confere-se aos potenciais visados uma garantia de não discriminação, assente no especial facto de que as doenças oncológicas, tendo em consideração o atual patamar da ciência médica, já não representarem o risco agravado que anteriormente o setor segurador considerava que estas representavam (tendo em conta claro os dados estatísticos existentes).

No segundo nível de proteção, entra em nosso entender o estabelecimento de prazos ainda mais curtos para certas doenças, pois como nem todas as doenças oncológicas podem ser consideradas iguais no nível de risco que representam, garante-se assim aos clientes que tenham sido diagnosticados anteriormente com uma dessas patologias oncológicas «menos gravosas», que nos seus casos o direito ao esquecimento pode ser exercido ainda mais rapidamente, visto que o seu historial clínico não é (com base nos dados da ciência médica existentes) tão gravoso como noutros casos de outras doenças oncológicas.

Para finalizar a análise comparativa entre a legislação portuguesa e a *Convention*, cabe apenas realçar que no artigo 4.º desta se estipula a existência de um comité de peritos que tem por âmbito de atuação, entre outros objetivos:

i) assegurar a correta aplicação da *Convention*;
ii) designar uma ou mais pessoas encarregadas de analisar se os candidatos ao empréstimo cumprem ou são suscetíveis de cumprir as condições de aplicação da *Convention*;
iii) submeter às partes signatárias deste acordo propostas de melhoria;

iv) emite parecer sobre uma eventual necessidade de adaptação das tabelas em anexo, quer na sequência do aparecimento de novos dados científicos que tenham em conta os avanços terapêuticos relativos às patologias em causa, quer, o mais tardar, de três em três anos a partir da celebração da presente Convenção. O parecer é emitido por maioria dos membros presentes.

O comité de peritos é composto, além do representante do Estado Luxemburguês, que preside, pelos seguintes membros: um representante da Associação das Companhias de Seguros e Resseguros do Luxemburgo; um representante designado pelas companhias de seguros signatárias da *Convention*; um representante designado pelas resseguradoras das companhias de seguros signatárias da *Convention*; um representante designado pelas associações que representam os pacientes; um representante designado pela Direção de Saúde do Luxemburgo e um representante designado pelo Instituto Nacional do Cancro do Luxemburgo.

Denota-se assim que o comité de peritos é composto por representantes dos vários envolvidos e confere como que «poder» às associações de pacientes, pois ao lhes ser atribuído um representante o que a *Convention* faz é colocar estas associações nas deliberações e decisões do comité. Dito de outro modo, para além de o Estado Luxemburguês e as empresas seguradoras signatárias terem estabelecido um acordo entre si no interesse dos pacientes e dos ex-pacientes das doenças abrangidas, garantiram também uma representação destes no órgão que foi especialmente criado para gerir e acompanhar a implementação deste acordo.

Realçamos ainda uma particularidade interessante deste artigo 4.º, que é a menção ao representante designado pelas resseguradoras das companhias de seguros signatárias da *Convention*. Por um lado, faz todo o sentido incluir as empresas de resseguros neste tipo de acordos, pois as empresas de seguros necessitam de ressegurar os seguros de vida e as resseguradoras desempenham muitas vezes um papel fulcral na estipulação das exclusões de determinados riscos pelas seguradoras. Porém, por outro lado, ao estatuir-se neste artigo 4.º que as resseguradoras das empresas de seguros signatárias têm direito a um representante, em nosso entender, julgamos ser possível afirmar que indiretamente se prevê a hipótese de representantes de empresas de resseguros estrangeiras poderem ser designados. Ou seja, como muitas vezes é habitual no negócio segurador, as empresas de seguros costumam celebrar contratos de resseguros com empresas resseguradoras estrangeiras[24], pelo que no caso das empresas de seguros luxemburguesas, se estas firmaram resseguros com empresas resseguradoras estrangei-

[24] As duas resseguradoras mais relevantes do setor, na europa, têm a sua sede na Alemanha e na Suíça.

ras, então estas resseguradoras, mesmo sem um elo «direto» ao Luxemburgo, passam a dispor do direito a ter um representante no comité.

4. A conciliação entre o direito ao esquecimento previsto no artigo 3.º da Lei 75/2021, a prática clínica e as suas implicações no setor segurador

Após a comparação entre o disposto na legislação nacional e o disposto em diferentes regimes legais estrangeiros que versam sobre o direito ao esquecimento, e antes de focarmos este trabalho nos desafios que o direito ao esquecimento coloca à supervisão e à regulação, cabe efetuar uma interpretação sobre os conceitos que se encontram dispostos nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 75/2021. Optou-se, primeiro, neste trabalho por analisar genericamente o diploma, posteriormente confrontá-lo com demais diplomas estrangeiros similares, pelo que procederemos agora a uma leitura mais profunda dos artigos 2.º e 3.º apenas possível após o confronto com os diplomas francês, espanhol e luxemburguês que anteriormente se efetuou.

O conceito de "pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde" (alínea a) do artigo 2.º da Lei n.º 75/2021) e o de pessoas que tenham mitigado essas mesmas situações (alínea c) do referido artigo 2.º) necessitam de ser complementados com o conceito de risco agravado de saúde que se encontra presente na alínea c) do artigo 3.º da Lei 46/2006 de 28 de agosto.

Esse conceito é, no entanto, bastante lato, e suscita múltiplas questões. Comecemos por o revisitar, veja-se que neste conceito de risco agravado de saúde se encontram as: "pessoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida".

Numa primeira leitura deste conceito facilmente se conclui que este abrange todas as doenças oncológicas, diríamos mesmo que o conceito como que decalca todos os elementos descritivos de qualquer doença do foro oncológico. No entanto, não este conceito não se esgota nessas doenças, abrange na verdade uma panóplia de outras situações, como veremos.

Tendo em consideração todos os elementos descritos no conceito de risco agravado de saúde, poder-se-á considerar a diabetes como uma doença que constitui um risco agravado de saúde? Note-se que esta doença é incurável, pelo que é de longa duração; claramente altera a qualidade de vida dos seus portadores; tem um potencial evolutivo no que concerne aos potenciais danos

de longo prazo que causa na saúde dos pacientes, pelo que forçosamente representa uma redução da esperança média de vida.

Adicionalmente, e visto que o conceito legal faz uma distinção entre saúde mental e emocional, pois menciona ambos, questiona-se se se deverá considerar como risco agravado de saúde uma pessoa em estado de depressão profunda, ou uma pessoa com perturbação obsessivo-compulsiva, entre outras? Em parte estas doenças do foro mental e/ou emocional também encaixa nos demais elementos descritos no conceito de risco agravado de saúde. Veja-se, que estas doenças muitas vezes levam à incapacidade de trabalhar e mais não seja os efeitos do stress representam também um risco acrescido à diminuição da esperança média de vida destes doentes.

Pense-se em todos estes exemplos que se acabaram de dar e acrescente-se o seguinte fator: para todos existem terapêuticas relativamente capazes de mitigar os seus efeitos, desde a toma de insulina aos ansiolíticos, quer os diabéticos quer os portadores de doenças mentais aqui mencionados podem alegar, justificadamente, que mitigam os seus efeitos com a toma destes tratamentos.

Assim sendo, poderá um diabético alegar que tomando insulina dentro do prescrito pelo seu médico que é uma pessoa que se encontra a realizar tratamentos comprovadamente capazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua situação de risco agravado de saúde, nos termos da alínea c) do artigo 2.º da Lei n.º 75/2021?

Mais, um doente com depressão, que já tenha obtido alta clínica do seu médico psiquiatra, poderá alegar ser uma pessoa que comprovadamente esteve em situação de risco agravado de saúde, e que já não se encontra nessa situação, conforme descrito na alínea a) do artigo 2.º da Lei do direito ao esquecimento?

Não é possível, julgamos nós, avançar com respostas a estas e outras questões que se poderão levantar (pense-se por exemplo também nos casos dos portadores de doenças autoimunes ou de determinadas síndromes), pois já extravasam, em parte, o domínio do conhecimento jurídico e necessitam de ser complementadas pela ciência médica. Sendo certo também que caberá sempre, em última análise, aos juristas interpretar e aplicar a Lei n.º 75/2021, porém, tendo em atenção o nível de complexidade aqui envolvido, e a sensibilidade do assunto, consideramos que o legislador nacional deveria ter optado por expressamente estabelecer na Lei do direito ao esquecimento o elenco de patologias abrangidas, tal como é efetuado nos países com os quais se acabou de comparar a Lei n.º 75/2021. Ou seja, de modo a adicionar segurança jurídica deveria o legislador optar por estabelecer um conjunto de doenças abrangidas e assim colocaria fim à discricionariedade que julgamos que forçosamente existirá na aplicação e interpretação destes conceitos.

Em suma, julgamos que à semelhança dos diplomas com os quais se comparou a nossa Lei do direito ao esquecimento, deveria ter o legislador especificado que esta se aplica às seguintes doenças: do foro oncológico, HIV/SIDA, e Hepatites. Desde logo não soçobram dúvidas de que todas encaixam no conceito de risco agravado de saúde. Em segundo lugar, a justificação para a inclusão destas assenta no facto de que para estas doenças os tratamentos existentes e as terapêuticas clínicas atualmente em voga conseguem já um combate muito mais eficaz do que no passado recente. O que no limite leva a que já não faça sentido que as empresas de seguros considerem estas pessoas como sendo portadoras de um elevadíssimo risco, pelo que não deverão ser discriminadas no acesso aos contratos de seguros de vida associados ao crédito habitação, por exemplo.

Ainda quanto ao tema das doenças oncológicas, cabe realçar também que estas suscitam desafios diversos, pois se por um lado a sua prevalência tem aumentado, por outro lado, a taxa de sobrevivência devido ao desenvolvimento de tratamentos tem aumentado a significativamente[25]. Porém as taxas de sobrevivência não são iguais para todos os diferentes tipos de cancro, dependendo principalmente de quais os órgãos afetados pela doença[26]. Tendo em consideração estes fatores, admite-se uma solução intermédia, em que o legislador poderia, tal como acontece por exemplo no Luxemburgo, estabelecer prazos relativamente distintos para determinadas doenças oncológicas, porém não advogamos muito favoravelmente por esta opção pois poderia acrescentar alguma complexidade técnica e também uma certa sensação de discriminação entre diferentes clientes que tenham sido diagnosticados com distintas doenças oncológicas.

Em síntese, julgamos que o legislador deveria estabelecer claramente o elenco de doenças abrangidas pelo direito ao esquecimento, o que consubstanciaria uma solução favorável a todas as partes envolvidas: quer as empresas

[25] Grazia Scocca, Françoise Meunier, *A right to be forgotten for cancer survivors: a legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer.*, p.1. Segundo Lawler e Meunier. "An estimated 20 million people in Europe are living after a cancer diagnosis.1 2 Improvements in cancer care over the past decade mean that there are now nearly 50% more cancer survivors in Europe than there were in 2010.2" Mark Lawler, Françoise Meunier, *Don't make cancer survivors pay twice—the right for them to be" forgotten" should be law everywhere*, p.1.

[26] Como referem Paolo Bailo et al. "However, survival rates vary widely depending on the type of cancer, with some having much higher survival rates, such as breast cancer, with a rate of 85% or higher. Others, like lung cancer, have much lower survival rates of around 15%." Paolo Bailo, et al., *Freedom from the stigma of oncologic disease: legislative and ethical aspects of the right to be forgotten in oncology*, p. 57.

de seguros quer os consumidores teriam a ganhar com a clarificação destes conceitos.

5. Os desafios associados à regulação e à supervisão da Lei n.º 75/2021

5.1. Introdução aos desafios regulatórios

O artigo 6.º da Lei n.º 75/2021 aditou ao RJCS o artigo 15.º-A, cujo n.º 13 indica que compete ao BdP e à ASF, a fiscalização do cumprimento do acordo previsto no artigo 15.º-A, ou, na falta deste acordo, do decreto-lei. Relativamente ao BdP, consideramos que em bom rigor não existe grande explicação para que tenha sido encarregue com a fiscalização destas matérias, visto tratar-se essencialmente de assuntos relativos ao setor segurador. Para além disso, realce-se que este artigo 15.º-A foi aditado ao RJCS, pelo que não se compreende a escolha do legislador em aditar num dos diplomas basilares do setor segurador poderes de fiscalização a uma entidade reguladora que não é a entidade reguladora setorial do setor segurador. Terminado este introito, analisaremos agora com maior pormenor os aspetos regulatórios que se suscitam com o surgimento do direito ao esquecimento.

Antes de mais, convém, no entanto, explicitar os principais motivos da existência de regulação do setor segurador. De acordo com o disposto no artigo 22.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora (RJASR), aprovado em anexo à Lei n.º 147/2015, de 09 de setembro, o objetivo principal da supervisão é a proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários.

Desde logo pode-se afirmar que a regulação (e a supervisão) do setor segurador assentam na assunção de que tal setor não poderia ser deixado a funcionar somente sujeito às regras de mercado[27], e que, em especial, o peso que este ocupa no setor financeiro leva a que seja necessária regulação de modo a evitar riscos sistémicos[28]. Veja-se ainda a esse respeito o disposto no artigo 21.º do RJASR, que indica expressamente que a supervisão compreende, entre outras funções, a verificação da solvência das empresas de seguros.

[27] António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, 2.ª Edição, Reimpressão, 2025, Almedina, p.305.
[28] Como bem ilustra Menezes Cordeiro: "se consta, no mercado, que uma determinada seguradora está em dificuldades, pode haver uma corrida geral ao levantamento dos seguros mobilizáveis, com isso entrando em colapso todo o sistema segurador e, por contágio, o da banca e o mobiliário". António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, p.295.

No entanto um dos principais motivos para a existência de regulação neste setor prende-se com as assimetrias informativas, o que leva a que neste setor a regulação se ocupe inclusive dos próprios contratos firmados entre as partes, pois neste setor é comum os contratos terem um funcionamento diferido no tempo de modo que "a concorrência só se manifesta no longo prazo; ora nessa altura pode ser tarde para introduzir inflexões ou para mudar de seguradora"[29]. Estamos perante um setor que assenta em assimetrias informativas profundas, pois a seguradora é a entidade que cobre o risco, mas encontra-se limitada à informação que lhe é dada pelo tomador do seguro, e tem muitas vezes assim dificuldade em analisar o risco na sua íntegra. Do lado dos clientes enquanto segurados e tomadores de seguros, estes muitas vezes não possuem (legítima e compreensivelmente) capacidade de compreensão integral das cláusulas contratuais contratadas com a seguradora, tendo em conta o caráter altamente técnico dos produtos de seguro. Ou seja, é esta falha de mercado, a assimetria de informação, que justifica essencialmente a regulação do setor segurador[30].

Para além disso, acresce ainda o facto de este setor ser caracterizado por uma panóplia de contratos obrigatórios, pelo que não seria compreensível que o mesmo Estado que obriga à contratação de seguros obrigatórios posteriormente se desinteressasse da sua aplicação e funcionamento[31].

Terminado assim este breve enquadramento sobre os motivos que justificam a regulação do setor, conclui-se que a principal falha existente no mercado segurador se prende com a assimetria informativa. Tendo isso presente, compreende-se o motivo de o legislador dedicar especial atenção no RJCS aos deveres de informação que cabem a cada uma das partes, quer no momento da contratação quer durante a vigência do contrato. Assim se compreende também a especial complexidade que resulta da Lei do Direito ao esquecimento: este diploma ao invés de mitigar as assimetrias informativas existentes (intrinsecamente) neste setor veio antes como que fomentá-las. Tal coloca desafios acrescidos ao Regulador, pois este depara-se assim com um aumento da falha de mercado que visa combater. Passaremos de seguida a abordar parte da res-

[29] António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, p. 393.

[30] Veja-se para mais detalhes João Pateira Ferreira, et. al., *Manual de Regulação e Concorrência*, reimpressão, Almedina, 2024, pp.82-83.

[31] Menezes Cordeiro afirma mesmo que "a existência de seguros obrigatórios coloca, na esfera das seguradoras globalmente tomadas, uma riqueza imensa: o Estado assegura-lhes um vasto conjunto de valores patrimoniais. Tudo ponderado: não deve o Estado desinteressar-se do modo por que sejam concluídos os seguros obrigatórios. Além do equilíbrio que lhe cabe fazer reinar, ele tem ainda de confirmar que os fins que justificam a obrigatoriedade dos seguros são, de facto, prosseguidos." António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, p.394.

posta encontrada pelo Regulador setorial, que publicou uma Norma Regulamentar relativa a esta matéria.

5.2. Norma Regulamentar n.º 12/2024, de 17 de dezembro da ASF

A ASF, com base, em especial, nos poderes regulatórios que lhe foram conferidos por via do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 75/2021[32], elaborou a Norma Regulamentar n.º 12/2024, de 17 de dezembro (doravante NR 12/2024). Nesta norma a ASF procedeu à regulamentação de um conjunto de aspetos que careciam desse aprofundamento, tendo optado, no entanto, por não regulamentar o sentido e extensão da noção de tratamentos coadjuvantes. O motivo de tal opção regulatória é explicado no preâmbulo da NR 12/2024, pois aí indica-se que como não foi nem celebrado o acordo nacional de acesso ao crédito, nem publicado o decreto-lei, ambos mencionados no artigo 15.º-A do RJCS, que a ASF optou por não incluir esta matéria na norma regulamentar. Deduz-se assim que no entender desta autoridade reguladora que a existência ou do acordo ou do decreto-lei condiciona a definição de tratamentos coadjuvantes, ou seja, que sem se saber quais as doenças aí incluídas que não existe capacidade de regular essa matéria. Note-se que a opção de não regular, em nosso entender, constitui como que uma discordância direta com o legislador sobre a capacidade técnica desta autoridade reguladora, pois claramente foi conferido este poder à ASF na alínea c), do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 75/2021. Esta opção de «não agir» permite também efetuar uma segunda leitura: que não se pode afirmar apenas porque se conferiu poder de regulação às entidades reguladoras que estas vão regular, pois, por vezes, dentro do seu juízo de ponderação técnico (por razões óbvias mais profundo do que o do legislador) podem optar por não regular.

Passando agora para as matérias que se encontram reguladas na NR 12/2024, consideramos que esta em alguns aspetos tem um carácter inovatório e noutros apenas clarificador. Quanto aos aspetos clarificadores realçamos o exemplo do previsto no n.º 1 do artigo 3.º da norma, em que é referido que decorridos os prazos previstos na Lei n.º 75/2021, a empresa de seguros não pode recolher ou tratar informação relativa às situações de risco agravadas ou de deficiência, no âmbito da declaração inicial do risco, conforme com o estipulado nos termos dos ns.º 1 e 2 do artigo 24.º e artigo 177.º do RJCS. Ou seja, em bom rigor este preceito da NR 12/2024 vem como que confirmar que a aplicação do direito ao esquecimento se dá essencialmente na fase pré-contratual, no

[32] De acordo com a redação que passou a vigorar na Lei do direito ao esquecimento após esta ter sido alterada pela Lei n.º 82/2023, de 19 de dezembro, que alterou o mencionado artigo 7.º.

momento da declaração inicial do risco. Outros casos há em que a norma, em nosso entender, realça aspetos que correspondem integralmente ao disposto na Lei do direito ao esquecimento, apenas tornando a norma regulamentar mais extensa sem com isso lhe acrescentar valor. Julgamos que o exemplo paradigmático do que acabamos de afirmar se encontra no artigo 9.º da NR 12/2024. Neste artigo é indicado que é permitida a possibilidade de a empresa de seguros apresentar condições, agravadas em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde, sempre que, para o contrato de seguro em causa tal constitua um fator crucial no cálculo do risco. Tal artigo é redundante pois tal disposição resulta já do artigo 15.º do RJCS (em especial, do seu n.º 3), pois neste permite-se a prática de discriminação com base em determinados fatores, desde que existam dados atuariais justificativos para tal diferenciação entre clientes.

Passando agora para os aspetos inovatórios da norma, e aos quais daremos destaque, note-se desde logo aquela que é em nosso entender uma das principais inovações contidas na NR 12/2024, e que se encontra presente no n.º 3 do seu artigo 3.º. É aí indicado que quando o segurado tenha superado ou mitigado as situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, após o decorrer dos prazos previstos na Lei n.º 75/2021, que o tomador do seguro, ou o segurado, podem responder negativamente às questões colocadas pela empresa de seguros, no âmbito da declaração inicial do risco, que sejam sobre informação de saúde relativa a situações de risco agravado de saúde ou de deficiência superado ou mitigado. Ou seja, por via da NR 12/2024 como que passou a vigorar no nosso ordenamento jurídico o «direito a mentir», tal como acontece no caso luxemburguês, porém aí expressamente previsto no próprio acordo firmado entre o Estado e as empresas seguradoras, conforme referido *supra*.

A NR 12/2024 é inovatória também no n.º 5 do mesmo artigo 3.º, pois define aí alguns exemplos do que se poderá considerar como constituindo informação de saúde. Note-se que na Lei n.º 75/2021 nunca é definido o conceito de informação de saúde, pelo que a NR 12/2024 veio acrescentar bases de apoio ao intérprete, porém atente-se que os exemplos aí indicados não são os únicos casos possíveis, como bem se denota pela utilização do termo "designadamente", incluído na redação do n.º 5 do mencionado artigo 3.º da norma.

A par do direito a mentir do n.º 3 do artigo 3.º da NR 127/2024, a segunda disposição mais inovatória presente na norma encontra-se no artigo 5.º. Neste prevê-se que, durante o período de vigência do contrato de seguro, se o segurado superar ou mitigar situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, nos termos previstos na Lei do direito ao esquecimento, então é aplicável o disposto no artigo 92.º do RJCS. Por seu turno, aquilo que esse artigo estabelece é que ocorrendo uma diminuição do risco com reflexo nas condições do contrato, que o segurador deve refletir essa alteração no prémio do contrato.

Ou seja, diminuindo o risco deverá o segurador diminuir o valor do prémio. Porém, o facto de neste artigo 5.º da NR 12/2024 se estabelecer que se aplica o disposto no artigo 92.º do RJCS origina um problema de complexa solução.

Segundo o disposto na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 7.º da Lei 75/2021, a ASF pode detalhar o sentido e a extensão das práticas previstas nos números 2, 3 e 10 do artigo 15.º do RJCS, bem como dos fatores de risco a considerar para efeitos do n.º 4 do mesmo artigo. Foi com base nesta autorização conferida pelo artigo 7.º da Lei do direito ao esquecimento que a ASF procedeu à inserção do artigo 5.º na NR 12/2024. Pois, poder-se-á argumentar que sendo o artigo 15.º do RJCS relativo às práticas discriminatórias, que consistiria numa prática discriminatória a recusa, por parte da empresa de seguros, em refletir nas condições contratuais uma diminuição do risco estes clientes, nos termos previstos no artigo 92.º do RJCS. Dito de outro modo, pode-se argumentar que o artigo 5.º o que estabelece é que os clientes abrangidos pelo direito ao esquecimento possuem o direito de recorrer ao artigo 92.º do RJCS, em caso de diminuição do seu risco, como outro cliente em situação equiparável, mas não abrangido pelo direito ao esquecimento.

Os problemas surgem, no entanto, associados ao seguinte facto: a Lei do direito ao esquecimento visa reforçar o acesso ao crédito e a contratos de seguros, às pessoas que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, e proíbe assim práticas discriminatórias no acesso aos contratos de seguro. Ou seja, a Lei 75/2021 foca essencialmente a fase pré-contratual. Aliás, a melhor prova em como a Lei do direito ao esquecimento visa principalmente a fase pré-contratual é a redação do artigo 3.º da referida Lei. Torna-se aí claro que o direito ao esquecimento consiste num direito dos clientes na fase prévia à contratação. Veja-se que no n.º1 do mencionado artigo 3.º é referido que "[a]s pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor, direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores (…)" e no n.º 2 do mesmo artigo estipula-se que "[n]enhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual (…)". Ou seja, ressalvando algumas exceções, como o artigo 5.º da Lei n.º 75/2021, que altera o artigo 217.º do RJCS relativo à cessação do contrato de seguro de saúde, a Lei do direito ao esquecimento encontra-se maioritariamente direcionada para a fase pré-contratual.

Em suma, optou assim o regulador por, numa interpretação extensiva dos poderes que lhe foram conferidos na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 7.º da Lei 75/2021, detalhar o sentido e a extensão das práticas discriminatórias previstas no artigo 15.º do RJCS, e considerar/definir que não poderão os clientes ser

sujeitos a discriminação também na vigência do contrato e não somente, como previsto na Lei n.º 75/2021, apenas na fase pré-contratual.

Se no artigo 5.º podemos afirmar que consiste num exemplo paradigmático de como o regulador atuou em prol dos tomadores, julgamos que o artigo 8.º consiste exatamente no oposto, ou seja, a atuação do regulador adiciona complexidade desnecessária e passível de lesar os interesses dos potenciais abrangidos pelo direito ao esquecimento.

No artigo 8.º, no seu n.º 1 é indicado que a empresa de seguros não pode praticar condições contratuais, fundadas na deficiência ou no risco agravado de saúde do segurado, quando essas condições "sejam menos favoráveis do que aquelas que seriam propostas para uma pessoa que se encontre em situação comparável". No n.º 3 do mesmo artigo é explicitado que se considera que existe uma situação comparável quando os fatores de risco de um segurado são equivalentes aos fatores de risco de outro segurado.

A questão que se suscita é a de saber se por "situação comparável" dever-se-á entender que estamos perante: 1 – uma pessoa **em igual estado de deficiência ou de risco agravado de saúde**, ou, 2 – antes perante uma pessoa **que não possui igual deficiência ou risco agravado de saúde**, mas de resto se encontra em situação comparável? Se à primeira vista tal poderá parecer um jogo de palavras, a verdade é que se encontra muito longe de o ser, trata-se de facto de uma diferença significativa.

Tome-se como exemplo o seguinte caso: um cliente com 40 anos, portador de uma deficiência ou de um risco agravado de saúde nos termos da Lei do direito ao esquecimento, e também hipertenso e obeso. Como resulta do n.º 1 do artigo 8.º da NR 12/2024 que a empresa de seguros não pode apresentar-lhe condições menos favoráveis do que a uma pessoa em situação comparável, então se a seguradora equiparar este cliente com outro com o mesmo histórico de doenças abrangidas pelo direito ao esquecimento, por exemplo, também com 40 anos, com uma doença ou deficiência abrangida pelo direito ao esquecimento, hipertenso e obeso, estaremos perante uma correta aplicação do n.º 1 do artigo 8.º da NR 12/2024?

Note-se que, se se considerar que por situação comparável se deve entender como um conceito que se refere aos casos em que a pessoa possui um histórico clínico semelhante, **mas não possui uma doença ou deficiência abrangida pelo direito ao esquecimento**, então, nesse nosso exemplo, não poderiam ser apresentadas condições menos favoráveis que aquelas que são apresentadas a um cliente de 40 anos, hipertenso e obeso, mas, e esta diferença é fundamental, sem deficiência ou risco de saúde agravado nos termos da Lei do direito ao esquecimento.

Note-se que neste segundo caso, a diferença de prémio cobrado aos clientes equiparados é muito superior, pois pese embora o cliente do nosso exemplo seja comparado com um outro que também tem hipertensão e obesidade, esse outro com quem é comparado, ao não ter sido diagnosticado com nenhuma deficiência ou risco agravado, desde logo se encontra a pagar muito menos de prémio, pelo que na comparação de valores fará com que o cliente do nosso exemplo seja como que beneficiado com um prémio menor. Aliás, essa redução do prémio cobrado, a pessoas que superaram ou mitigaram risco agravados de saúde ou deficiência, corresponde aos efeitos práticos que se pretendem com o Direito ao esquecimento...

Note-se que o legislador incluiu, por via da Lei n.º 75/2021, na redação do n.º 4 do artigo 15.º do RJCS os termos "pessoa em situação comparável mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde", ou seja, a situação comparável afere-se, segundo o disposto no RJCS, por contraponto a uma pessoa em situação idêntica que no entanto nunca foi diagnosticada com uma das patologias abrangidas pelo direito ao esquecimento.

Em suma, defendemos que a única interpretação coerente que se poderá efetuar do artigo 8.º da NR 12/2024, é a de que se deverá entender que no n.º 1 deste artigo o termo situação comparável se afere comparando com uma pessoa que não tenha sido diagnosticada com patologias semelhantes à do cliente abrangido pelo direito ao esquecimento, só assim se garantindo que este não é de facto discriminado. Note-se que se se assumir que a única preocupação deste diploma é o de visar a não discriminação entre pessoas diagnosticadas com patologias abrangidas pelo direito ao esquecimento, então, no limite, não seria sequer necessário a existência da Lei n.º 75/2021, pois o artigo 15.º do RJCS já previa a proibição da discriminação. Aquilo que a Lei n.º 75/2021 vem, de forma inovadora, acrescentar ao ordenamento jurídico nacional é, no fundo, determinar que a discriminação destas pessoas, diagnosticadas com as patologias aí cobertas no direito ao esquecimento, se afere perante pessoas não diagnosticadas com essas patologias, garantindo assim um tratamento mais igualitário entre clientes que são e ou foram doentes com aqueles que nunca foram doentes (dessas patologias) e que conseguiam assim um mais facilitado acesso aos seguros de vida associados ao crédito e ao consumo[33]. Dito de modo coloquial,

[33] José Oliveira Ascensão alerta, no entanto, para o facto de que "quando há razões para concluir que uma hipótese mais vasta não pode deixar de ter sido ponderada pelo legislador, mas preferiu consagrar a solução restrita, não pode o intérprete, invocando haver uma idêntica justificação, ultrapassar a opção legal. Não se depara então nenhuma infelicidade de expressão que careça de reformulação." Cfr. José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição – Reimpressão 2024, Almedina, p.424. Porém, ainda que se equacione se o Regulador apenas ponderou situações

só elevando a fasquia da comparação (como é objetivo da Lei n.º 75/2021) é que se consegue evitar que as pessoas abrangidas pelo Direito ao esquecimento sejam tratadas de modo desfavorável.

Julgamos que apenas este entendimento resulta numa aplicação coerente, da NR 12/2024, com a Lei n.º 75/2021, de outro modo, ter-se-ia de admitir, por paradoxal que possa parecer, que o regulador como que criou uma via que permite efetuar uma discriminação que a Lei do direito ao esquecimento pretendia limitar. Em síntese, julgamos que o regulador não foi claro na utilização dos termos e que a única forma de atribuir um sentido coerente ao artigo 8.º, quer com as demais disposições da NR 12/2024 quer da Lei n.º 75/2021 é recorrer a uma interpretação extensiva[34], concluindo-se assim que do artigo 8.º da norma, por "situação comparável" se compreende os casos referidos no n.º 4 do artigo 15.º do RJCS, em que se considera que consiste em comparar com uma pessoa não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde.

Para além destes argumentos, acrescentamos ainda o facto de que no artigo 10.º da NR 12/2024 é indicado que o cálculo do risco deve ser efetuado tendo em consideração o "rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde", ou seja, no texto da norma surge também esta menção, em consonância com o descrito no n.º 4 do artigo 15.º do RJCS, pelo que julgamos ser assim claro que a interpretação do n.º 1 do artigo 8.º da NR 12/2024 implica forçosamente considerar que se entende pessoa em situação comparável a pessoa não afetada por aquelas patologias.

Outros exemplos de obrigações inovatórias criadas pelo regulador por via da NR 12/2024 podem ser encontrados nos artigos 6.º e 7.º. No caso do artigo 6.º este estabelece um conjunto de deveres quanto à forma de prestar informação por parte do segurador sobre o direito ao esquecimento na fase pré-contra-

equiparáveis como consistindo entre equiparações entre pessoas com os historiais clínicos agravados pelas mesmas doenças que representem risco agravado de saúde, julgamos que a única forma de interpretar a presente NR 12/2024 é interpretar esta em conciliação com a inovação trazida pela Lei n.º 75/2021, pelo que compreendendo-se esses aspetos inovatórios trazidos pela Lei, julgamos ser forçoso considerar que não foi opção do Regulador excluir da interpretação do artigo 8.º da NR 12/2024 as pessoas em situação comparável **mas não afetadas por aquela deficiência ou risco agravado de saúde,** mas bem pelo contrário, o objetivo é que as comparações sejam efetuadas com base neste tipo de situações. Só assim se consegue aliás um tratamento mais dignificante das pessoas abrangidas pelo Direito ao esquecimento.

[34] Ou seja, "[a]tendendo aos elementos lógicos conclui-se que a formulação linguística ficou aquém do que se pretendia e o intérprete, recorrendo à interpretação extensiva, procurará alcançar o sentido correcto da regra." Pedro Romano Martinez, *Introdução ao Estudo do Direito*, reimpressão, AAFDL Editora, 2022, p. 282.

tual a todos os potenciais clientes. Por seu turno, no artigo 7.º passa a vigorar a obrigação de a empresa de seguros estabelecer no seu código de conduta regras e princípios que garantam que a atividade por si prosseguida é conforme aos requisitos da Lei do direito ao esquecimento.

Por último, realce-se também o facto de que a ASF optou por considerar que o conceito de "pessoas com deficiência", que deverá ser utilizado na interpretação da Lei do direito ao esquecimento, é o que vem indicado no artigo 2.º da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, conforme resulta do disposto no n.º 4 do artigo 2.º da NR 12/2024. Tal evidencia a necessidade que o próprio regulador teve de clarificar este conceito, pois em momento algum ele é definido na Lei do direito ao esquecimento, no que representa mais uma falta de clareza do diploma nacional por contraponto aos casos já anteriormente analisados dos diplomas legais estrangeiros que versam sobre esta matéria.

5.3. Desafios de supervisão

No seguimento do previsto no n.º 1 do artigo 42.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, a ASF enquanto entidade reguladora deve efetuar inspeções pontuais e sempre que se verifiquem circunstâncias que indiciem perturbações no setor. Os poderes de supervisão da ASF encontram-se também detalhados no RJASR, como por exemplo no artigo 27.º.

Em especial compete à ASF, de acordo com a alínea a) do n.º 2 do artigo 28.º do RJASR, verificar a atuação das empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros e segurados. Atendendo quer ao relevo do direito ao esquecimento na vida de muitos cidadãos, quer atendendo à especial complexidade desta matéria, torna-se evidente que compete a esta autoridade supervisora direcionar especial atenção na supervisão da aplicação da Lei n.º 75/2021 pelas empresas de seguros.

Porém, existe um paradoxo associado à supervisão do cumprimento do direito ao esquecimento, que consiste na necessidade de obtenção de dados junto das entidades supervisionadas que comprovem que determinados dados de saúde dos clientes não foram solicitados ou tratados. Ou seja, como é que uma entidade supervisora consegue apurar que as empresas de seguros não se encontram de facto a incumprir com o direito ao esquecimento? A respeito a esta pergunta em nosso entender é relativamente complexa.

Num primeiro plano, pode a ASF enquanto entidade supervisora requerer os documentos associados à contratação dos seguros de vida abrangidos pela aplicação do direito ao esquecimento, recorrendo aos poderes que lhe são atri-

buídos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do RJASR. Com base nesses documentos, poderá aferir da conformidade dos questionários clínicos utilizados (e verificar se não possuem questões sobre saúde que colidam com o direito ao esquecimento), bem como analisar as cláusulas contratuais e verificar assim se existem exclusões que afetem os clientes abrangidos pelo direito ao esquecimento.

Porém, a entidade supervisora ficará sempre restringida à informação que a seguradora recolheu e lhe entregou, pelo que no limite, se foram aplicadas tarifas mais gravosas no cálculo do prémio e tal não é evidenciado de modo claro nos elementos contratuais, então forçosamente teremos de admitir que a função de supervisão se verá dificultada[35].

Por último, como implicitamente compete a cada cliente avaliar previamente a sua condição clínica e aferir se se enquadra ou não nas situações abrangidas pelo direito ao esquecimento, em bom rigor, nem as empresas de seguros nem a ASF enquanto entidade supervisora terão capacidade de aferição da real situação clínica de todos os clientes, pois estes, no uso do direito que lhes é atribuído, não informam sobre a sua condição clínica. Ou seja, nos casos em que os clientes não se encontram de facto abrangidos pelo direito ao esquecimento, mas que julgam legitimamente serem abrangidos, ter-se-á de concluir que nem as empresas de seguros nem a ASF saberão dessa situação até que exista, eventualmente, um sinistro associado ao contrato.

Por tudo isto, realçamos novamente que o legislador deveria ter antes estabelecido um regime em que expressamente indicasse as doenças abrangidas. Para além disso, consideramos também que se previsse antes um "direito a não ser alvo de um agravamento do prémio ou das condições contratuais", ou seja, um mecanismo informativo que garantia ao cliente que mesmo informando a seguradora de todas as suas patologias, que em certos casos essas patologias associadas a riscos agravados de saúde e/ou deficiência não seriam contabilizadas no cálculo do prémio associado ao seu risco. Defendemos assim um mecanismo em que o cliente indicasse integralmente a sua situação clínica, no entanto certas patologias não seriam contabilizadas no cálculo do seu risco, ao invés de um direito ao esquecimento, que nos moldes em que foi delineado, em nosso entender, fomenta de modo desmedido a assimetria informativa já existente no setor.

[35] Não é, no entanto, impossível a esta entidade supervisora verificar as condições técnicas associadas ao cálculo dos prémios de seguro, aliás é uma das competências desta entidade, pois esta tem inclusive acesso à informação contabilística das empresas, conforme resulta do n.º 3 do artigo 27.º do RJASR.

6. Conclusão

O surgimento do direito ao esquecimento corresponde a uma intervenção do legislador demonstrativa de uma preocupação compreensivelmente atendível. O intuito é assim o de evitar que certos cidadãos, apenas por terem sido diagnosticados com uma determinada patologia e/ou deficiência sejam confrontados no momento da contratação de um seguro de vida associado ao crédito e/ou ao consumo com condições mais gravosas ou até mesmo com a recusa de contratar por parte da seguradora.

O diploma legal que instituiu o direito ao esquecimento, a Lei n.º 75/2021, possui, no entanto, uma elevada complexidade e um conjunto de conceitos indeterminados que dificultam a sua aplicação. Quando comparada com diplomas semelhantes de outras jurisdições, verifica-se que a Lei n.º 75/2021 ao não definir as doenças abrangidas pelo direito ao esquecimento dificulta a sua implementação.

O acentuar das assimetrias informativas já existentes neste setor tornam a regulação e a supervisão do cumprimento do direito ao esquecimento uma tarefa hercúlea.

Defende-se assim que a Lei n.º 75/2021 deveria ser revista, passando a definir expressamente as doenças abrangidas, garantindo assim segurança jurídica a todos os seus intérpretes e aplicadores.

Bibliografia

Cordeiro, António Menezes – *Direito dos Seguros*, 2ª Edição, Reimpressão, 2025, Almedina

Rocha, Francisco Rodrigues – *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves Notas*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume LXIII, n.º 1 e 2, 2022

Scocca, Grazia/Françoise Meunier – *A right to be forgotten for cancer survivors: a legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer*. Journal of Cancer Policy, 2020, 25:100246

Ferreira et. al., João Pateira – *Manual de Regulação e Concorrência*, reimpressão, Almedina, 2024

Aurrekoetxea, Joseba Josu Sagasti – *El derecho al olvido oncológico en el derecho de seguros & entidades financieras & consumidores*, Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados 197 (2024): 173 240

Ascensão, José de Oliveira – *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Reimpressão 2024, Almedina

Poças, Luís – *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros*, Revista de Direito Comercial, 2022, 127-198

Balmaseda, María Ángeles Egusquiza – *Olvido oncológico: protección de datos de salud y no discriminación.*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) 22 (2023), 15-29

Lawler, Mark/Françoise Meunier – *Don't make cancer survivors pay twice – the right for them to be "forgotten" should be law everywhere*, BMJ, 2022, 378

Faccioli et al., Mirko – *Il diritto all'oblio oncologico nella ln 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei cancer survivors*. Biolaw Journal, 2024, 75-93

Martinez, Pedro Romano – *Introdução ao Estudo do Direito*, reimpressão, AAFDL Editora, 2022

Da lesividade dos atos de fixação do VPT para efeitos da sua impugnação

The harmfulness of acts fixing the Tax Asset Value for the purposes of challenging them

DUARTE CANAU*

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Atos definitivos, interlocutórios e lesividade: 2.1. O IMI em especial; 2.2. O Valor Patrimonial Tributário; 2.3. Regras de Avaliação de Prédios. 3. Atos Definitivos, Interlocutórios e Lesividade: 3.1. Atos definitivos e atos interlocutórios; 3.2. Princípio da impugnação unitária; 3.3. Atos destacáveis e imediatamente lesivos; 3.4. Princípio da tutela jurisdicional efetiva. 4. Da inimpugnabilidade dos atos de fixação do VPT. 5. Da contestação direta dos atos de fixação do VPT. 6. Conclusão. Bibliografia. Jurisprudência.*

RESUMO: O VPT é determinado por uma avaliação direta concretizada mediante a prática de uma série de atos interlocutórios, cuja impugnação é vedada pelo princípio da impugnação unitária. Excecionados desta regra, estarão os atos para os quais haja uma disposição legal que determine o contrário, como será o caso dos atos de fixação do VPT. O presente artigo abordará esta possibilidade de impugnação, analisando as principais referências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Valor Patrimonial Tributário; Princípio da Impugnação Unitária; Atos Interlocutórios.

ABSTRACT: The Tax Asset Value is determined by a direct assessment carried out through a series of interlocutory acts, the challenge of which is prohibited by the principle of unitary challenge. Excepted from this rule are acts for which there is a legal provision to the contrary, as is the case with acts fixing the Tax Asset Value.

* Advogado.
https://orcid.org/0009-0008-4928-2893

This article will address this possibility of challenge, analyzing the main doctrinal and jurisprudential references on this subject.

Keywords: Tax Asset Value; Unitary Challenge Principle; Interlocutory Acts.

1. Introdução

O Valor Patrimonial Tributário ("VPT") não tem de corresponder ao valor de mercado do imóvel, mas sim ao seu valor fiscal, para efeitos da sua tributação. A determinação deste valor é efetuada, através de uma equação que, tendo por base uma série de coeficientes, procura aproximar o VPT do valor real do imóvel, através de critérios puramente objetivos[1]. O VPT determinado desta forma é aplicável transversalmente a todo o sistema tributário, sendo, porém, particularmente relevante em sede da tributação do património, e em sede IMI, imposto este, que assenta no postulado do critério da equivalência, como concretizador do princípio da igualdade[2]. Assim, a lógica contributiva do imposto não será moldada, em regra pelo princípio da capacidade contributiva, mas sim, o impacto que a atividade prestacional pública tem sobre o valor da propriedade e a ótica do custo e benefício para o contribuinte.[3] Como se referiu, a fixação do VPT, decorre de uma avaliação direta, do prédio em questão, que tem por base uma série de coeficientes enunciados na lei que garantem a objetividade do valor e a sua legalidade[4]. O procedimento pelo qual é definido o valor do VPT, é composto por uma série de atos procedimentais, que não têm qualquer conteúdo decisório, mas que podem, por vezes, ser idóneos para produzir efeitos lesivos e condicionar a esfera jurídica dos particulares.

[1] Artigo 38.º e ss. do CIMI.

[2] Cfr. n.º 1 do artigo 63.º da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio): "*A tributação do património imobiliário urbano respeita o princípio da equivalência (…), atendendo ao investimento realizado (…) que beneficie o desenvolvimento socioeconómico das populações nos termos da Constituição e da lei*".

[3] Cfr. Preâmbulo da Portaria n.º 982/2004: "(…) *o valor de referência é o valor de mercado e já não o rendimento, o que constitui por si uma garantia de justiça e equidade na distribuição da carga fiscal nos impostos que incidem sobre o imobiliário*". Portaria precedente à publicação do Decreto-Lei n.º 287/2003 de 12 de novembro de 2003, que procedeu à Reforma da Tributação do Património no Ordenamento Jurídico Português.

[4] Cfr. artigo 17.º e ss. do CIMI relativamente aos prédios rústicos, e o artigo 38.º e ss. do CIMI, no que toca aos prédios urbanos.

Estes atos, também denominados por atos interlocutórios, não serão, por força do artigo 54.º do CPPT, suscetíveis de impugnação autónoma e direta. Este artigo restringe a impugnação dos atos interlocutórios, por entender que a sua falta de definitividade traduzirá a impossibilidade de projeção de efeitos lesivos para o particular e, por consequência, na inimpugnabilidade do ato. Não obstante, a lei consagra duas exceções para este preceito: os atos imediatamente lesivos; e os atos para os quais exista uma disposição expressa em sentido diferente, também designados por atos destacáveis.

Esta última exceção, parece abranger também os atos de avaliação direta, como os atos de fixação do VPT, por força dos artigos 81.º da LGT e do n.º 1 do artigo 86.º do mesmo diploma. Porém, o n.º 2 do artigo 86.º[5], impõe sobre o particular, a prévia necessidade de esgotamento de todos os meios administrativos aplicáveis (no caso, a Segunda Avaliação de Imóveis e o Pedido de Revisão Oficiosa), para efeitos da sua impugnação, precludindo o mesmo desta possibilidade de sindicância[6], de arguir a ilegalidade subjacente ao cálculo do VPT que serviu de matéria coletável.

Esta restrição à impugnação contenciosa, não se parece coadunar, não só com as normas processuais tributárias, como com os princípios estruturantes do processo tributário, particularmente o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o qual consubstancia um direito fundamental, enunciado no artigo 20.º, e nos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º, da CRP. O direito de acesso aos tribunais para a defesa de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, não pode ser vedado, ao ponto de ser inacessível ou dificultado de forma não objetivamente exigível. Impõe-se por isso, uma nova compreensão desta temática, por forma a evidenciar este caminho "labiríntico" traçado pela letra da lei e responder a duas questões essenciais: Poderão os atos de fixação do VPT ser impugnados de forma autónoma e direta? Se sim, de que modo, e em que termos?

2. O VPT como elemento essencial dos impostos sobre o património

2.1. O IMI especial

A tributação do património consiste, num instrumento para garantir a igualdade entre os cidadãos, tendo como intenção a diminuição das desigualdades, tributando de forma mais elevada os patrimónios maiores, conforme o n.º 3 do

[5] E também do n.º 7 do artigo 134.º do CPPT.

[6] Nos termos previstos nos artigos 76.º e 77.º do CIMI.

artigo 104.º da CRP[7]. Só poderão existir impostos e a respetiva receita, quando exista matéria coletável para tal, o que pode estar associado designadamente, a manifestações de riqueza, sendo o património[8] uma delas. Um exemplo disto são os impostos cuja fonte é a propriedade imobiliária, "*podendo tributá-la de forma estática (titularidade de bens ou valores) ou de forma dinâmica (a transmissão de bens ou valores). A tributação do património atende ao rendimento acumulado ou poupado ao seu capital, ou património*"[9].

O IMI será um imposto municipal que incide sobre a propriedade dos imóveis, tributando o VPT dos prédios rústicos e urbanos (e de outras realidades assimiladas ao conceito de "prédio"), constituindo receita dos municípios onde os mesmos se localizam. Importa agora debruçar-nos sobre as regras de incidência do IMI. Quanto à incidência subjetiva, este será devido por quem for proprietário do prédio, sendo que "*nos casos de usufruto ou de direito de superfície, o imposto será devido pelo usufrutuário ou pelo superficiário (…)*"[10]. O CIMI faz uma importante distinção entre prédios rústicos e urbanos, distinção essa cujos reflexos se manifestam no respetivo regime de determinação do VPT e evidencia algumas especificidades[11].

São por isso prédios rústicos, "*os terrenos situados fora de um aglomerado urbano ainda que tal circunstância não seja decisiva (…) desde que tenham como destino normal uma utilização geradora de rendimentos agrícolas (…) ou, não se encontrem construídos ou disponham apenas de edifícios ou construções de carácter acessório, sem autonomia económica e de reduzido valor*"[12]. Feita a delimitação dos prédios rústicos, podemos então considerar como prédios urbanos "*todos aqueles que não se insiram naquela definição, podendo ser agrupados em quatro categorias distintas: habitacionais; comerciais, industriais ou para serviços; terrenos para construção; e outros*"[13]. No que toca à sua incidência objetiva, o IMI recai sobre o VPT dos prédios rústicos e urbanos

[7] Em Portugal, teremos por isso, o Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis ("IMT"), que tributa a transferência de propriedade de imóveis, e, o Imposto Municipal sobre Imóveis ("IMI"), que tributará a detenção de imóveis.

[8] Matias, Vasco Valdez, *A Contribuição Autárquica e a Reforma da Tributação do Património*. Lisboa, Vislis Editores, 1999, pág. 232.

[9] Catarino, João Ricardo, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 451.

[10] Nascimento, Esmeralda, Trabulo, Márcia, *IMI imposto municipal sobre imóveis notas práticas*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, pág. 37.

[11] Sobre a importância desta distinção cfr. Acórdão do STA, processo n.º 0277/16, de 15 de fevereiro de 2017.

[12] Guimarães, Ricardo, "*Valor Patrimonial Tributário*". *in, Revista Fiscalidade*, n.º 23, edição do Instituto Superior de Gestão, 2005, pág. 4.

[13] Alfaro, Martins, *Código do Imposto Municipal sobre Imóveis Comentado e Anotado*. Lisboa: Áreas Editora, 2004, pág. 131 e ss.

que estejam situados em território nacional, devendo ser coincidente com o valor tributável dos mesmos.

2.2. O Valor Patrimonial Tributário

O VPT constitui, como se enunciou, a base de tributação do IMI[14], determinada por regras diferentes consoante o tipo de prédio. Todavia, para melhor percebermos a base deste imposto, temos primeiro de compreender o que é o VPT e qual a sua importância.

Se desconstruirmos este conceito, primeiro, por valor podemos entender, "*o preço estimado pelo qual se admite que os vendedores e compradores de um determinado tipo de bem estariam interessados em transacioná-lo*"[15], também designado de valor de mercado.

Porém, o valor de mercado é incerto porque não tem por base fundamentos objetivos e está sujeito a alterações por diversos motivos. O VPT surge, como forma de aproximar o valor fiscal dos imóveis ao seu valor de mercado, recorrendo a um sistema de avaliação objetivo que assenta numa fórmula que tem por base determinados critérios objetivos, de forma a garantir que a tributação do património contribui para a "*igualdade entre os cidadãos*" conforme o n.º 3 do artigo 104.º da CRP.[16]

Atendendo a este facto, o VPT permitirá a determinação transversal a todo o sistema tributário do valor de um prédio, suscetível de ser base de tributação de outros impostos, como é o caso do IMT, ou do Imposto do Selo.[17]

Assim, o valor patrimonial difere do valor de mercado correspondendo este ao "*montante do investimento realizado e materializado no imóvel, podendo dizer-se que equivale ao somatório dos custos de construção e constituição do prédio. Este valor pode ser superior, inferior ou igual ao valor de mercado*"[18], o que demonstra a importância da existência do VPT, ao garantir aos particulares que o valor dos seus

[14] Cfr. artigo 1.º, do CIMI

[15] Pardal, Sidónio, Lobo, Carlos Baptista, *Património Imobiliário: Referências para a Avaliaçã*o. Coimbra: Almedina, 2011, pág. 81.

[16] "(…) *constituindo a ratio ou causa da tributação afasta o legislador fiscal do arbítrio, obrigando-o a que na seleção e articulação dos factos tributários, se atenha a revelações da capacidade contributiva, ou seja, erija em objeto e matéria coletável de cada imposto um determinado pressuposto económico"* cfr. NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal* . Almedina, 2015, pág. 157.

[17] Sobre a importância desta distinção e das imposições constitucionais, para efeitos de determinação da base tributável, em sede de Imposto do Selo cfr. Acórdão do TCAS, processo n.º 1068/13.5BELRS, 4 de junho de 2020.

[18] Pardal, Sidónio, Lobo, Carlos Baptista, *Ob. Cit* , pág. 86.

bens patrimoniais seja certo e justo à luz dos princípios da segurança jurídica e da igualdade (artigos 2.º e 13.º da CRP).

Temos de verificar também que, o valor fiscal de um bem é diferente do valor que lhe é atribuído pelo mercado, isto porque o valor fiscal "*é um valor de caráter social fundamentado no princípio da igualdade fiscal, quer se adote o princípio da capacidade contributiva ou se adote o princípio da equivalência ou do benefício que remunere uma ação pública associada à proteção da propriedade e a alguns serviços menos tangíveis que o Estado e o Município, que asseguram ao prédio e ao estatuto de propriedade*"[19].

Podemos concluir então que o VPT, tem em conta não só os custos que um proprietário tem com um determinado imóvel, como também os princípios basilares da tributação do património, como a capacidade contributiva e a igualdade, assentando em critérios objetivos, sendo transversais a todo o sistema tributário, trazendo maior certeza e segurança aos cidadãos.

2.3. Regras de Avaliação dos Prédios

Feita estas considerações iniciais, observamos que o CIMI dispõe de uma série de regras de avaliação para a determinação do VPT que "*constitui uma operação complexa, com apelo a vários critérios* "[20]. As regras de avaliação variam consoante se trate de um prédio rústico ou urbano. No caso dos prédios rústicos, o VPT corresponde ao produto do seu rendimento fundiário, sendo o "saldo de uma conta anual de cultura em que o crédito é representado pelo rendimento bruto e o débito pelos encargos de exploração" (cfr. artigo 18.º do CIMI). Porém, nesta exposição, cabe-nos dar especial incidência às regras de avaliação dos prédios urbanos, que constam dos artigos 38.º e ss. do CIMI.

No caso dos prédios urbanos a "*determinação do valor patrimonial tributário (…) para os vários tipos de afetação (…) resulta da aplicação da seguinte expressão: Vt = Vc x A x Ca x Cl x Cq x Cv*"[21]. Desconstruindo esta fórmula, observamos que as regras de avaliação do VPT assentam em seis coeficientes, todos eles com caráter objetivo que se podem apreciar em dois conjuntos. Comecemos

[19] Pardal, Sidónio, Lobo, Carlos Baptista, *Património Imobiliário: Referências para a Avaliaçã*o. Coimbra: Almedina, 2011, pág. 88.

[20] Teixeira, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª edição revista e ampliada, Coimbra: Edições Almedina, 2012, pág. 256.

[21] Autoridade Tributária e Aduaneira, *Manual de Avaliação de Prédios Urbanos*. Versão 7.0, 2020; pág.15.

pelos coeficientes macro, ou de contexto urbano[22], que inclui o Valor Base dos Prédios (Vc), e o Coeficiente de Localização (Cl). Por outro lado, temos os coeficientes específicos que compreendem, o Coeficiente de Afetação (Ca), o Coeficiente de Qualidade e Conforto (Cq), a Área bruta de construção (A), e por último, o Coeficiente de Vetustez (Cv).[23]

Descrita a fórmula que estabelece o VPT, conseguimos agora compreender os critérios objetivos que são utilizados nas operações de avaliação. Estas operações que são realizadas durante o procedimento, configuram atos procedimentais, que podem lesar os direitos dos contribuintes e carecem de uma tutela jurídica, que deverá garantir meios de defesa para reagir contra a avaliação efetuada.

3. Atos definitivos, interlocutórios e lesividade

3.1. Atos procedimentais

Antes de se proceder ao estudo dos atos procedimentais – em especial, do ato tributário – é essencial que determinemos primeiro, em que consiste o procedimento tributário. O artigo 54.º da LGT define o procedimento tributário como "*toda a sucessão de atos dirigida à declaração de direitos tributários*". Os direitos tributários aqui compreendidos são "*todos os que emergem de relações jurídicas entre os particulares e a Administração Tributária, independentemente de culminarem ou não numa obrigação de pagamento de uma quantia*"[24].

Não há como negar que a noção de procedimento tributário está intimamente ligada à noção de procedimento administrativo, a qual consta do n.º 1 do artigo 1.º do CPA e define o procedimento administrativo como a "*sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública*"[25]. Desta definição, conseguimos retirar, que o procedimento tributário, tal como o procedimento administrativo é cons-

[22] São estes os coeficientes que "*não dependem especificamente de cada prédio individual que vai ser avaliado, mas do contexto urbano em que se inserem*" cfr. Pires, José Maria Fernandes, *Lições de Impostos Sobre o Património e do Selo*. 3.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2018, pág. 55.

[23] Estes coeficientes, quais "*respeitam características intrínsecas do próprio prédio*, cfr. Pires, José Maria Fernandes, *Lições de Impostos Sobre o Património e do Selo*. 3.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2018, pág. 55.

[24] Neste sentido cfr. Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*. Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2012, pág. 441.

[25] "*Um ato jurídico unilateral com carácter decisório, praticado no exercício de uma atividade administrativa pública, destinado a produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta* ". Cfr. Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*. 7.ª edição, Âncora Editora, 2003, pág.169.

tituído por uma série de atos, que ocorrem sucedaneamente direcionados à produção de um determinado resultado, que será diferente consoante o fim pretendido. Estes atos são também designados como atos procedimentais[26].

Feito um enquadramento geral, compete-nos proceder agora à análise concreta do ato tributário, que será fulcral para o desenvolvimento do nosso estudo. Para um melhor entendimento do tema, devemos chamar à atenção também ao conceito de ato administrativo, que é uma figura que ao longo dos anos se adotou e adaptou à atividade tributária da Administração Pública. O ato tributário não deixa de ser um ato administrativo que é praticado pela Administração Pública, em regra a Autoridade Tributária e Aduaneira, mas cujo âmbito de aplicação se restringe ao Direito Fiscal, sendo importante reter algumas considerações sobre o mesmo, para melhor percebermos o tema em análise.

Existe uma diversidade de atos que integram as relações fiscais de Direito Administrativo, e que pertencerão à sucessão de atos que compõe o procedimento tributário, que são também designados por atos tributários em sentido amplo. Contudo, no domínio tributário, nem a LGT, nem o CPPT, definem o que é um ato tributário em sentido amplo[27]. Dito de uma forma mais sucinta, os atos tributários correspondem aos atos de liquidação, que tornam certa, líquida e exigível a obrigação tributária, sendo atos impositivos por excelência. Já os atos administrativos em matéria tributária, são todos os outros atos que integram a noção ampla de ato tributário, mas que não são atos de liquidação[28]. Os atos de fixação do VPT – tema central desta dissertação – não são atos de liquidação, mas sim atos administrativos em matéria tributária, autónomos e individualizados com eficácia jurídica própria[29].

3.2. Atos definitivos e atos interlocutórios

Relativamente à tipologia existente de atos tributários, importa-nos ressalvar a diferenciação que existe em relação à sua produção de efeitos jurídicos

[26] Sobre a função concretizadora do processo administrativo face ao processo tributário cfr. Acórdão do STA, processo n.º 0497/06, de 18 de outubro de 2006.

[27] "*Os atos tributários em sentido amplo abrangem os atos tributários em sentido estrito (que são os atos de liquidação dos tributos), e os atos em matéria tributária em sentido amplo subdividindo estes últimos em atos em matéria tributária em sentido estrito (que serão os atos preparatórios de atos de liquidação) e atos administrativos relativos a questões tributárias (que serão os atos administrativos que encerram procedimentos autónomos em relação ao procedimento de liquidação)* Cfr. Nabais, José Casalta, *Direito Fiscal*. 6.ª edição, Almedina, 2011, pág. 376.

[28] Neste sentido cfr. Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, *Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*. 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pág. 278.

[29] Neste sentido Cfr. Decisão Arbitral n.º 407/2021-T, de 10 de março de 2022.

finais, da qual resulta a distinção entre as figuras de atos definitivos e atos interlocutórios[30]. A doutrina define três critérios cumulativamente necessários para permitir a qualificação de um ato como definitivo. Em primeiro lugar, temos a definitividade material, a qual "*apela ao critério cronológico devendo contrapor-se aos atos definitivos*"[31] os atos precários ou provisórios como acontece, por exemplo, nos pagamentos por conta, exigidos por lei e efetuados durante o ano fiscal. Estes pagamentos por conta não constituem atos definitivos, mas sim adiantamentos de impostos, na medida em que no final do ano deverá ainda ser feito o correspondente acerto, com base no englobamento da totalidade dos rendimentos, sendo por isso atos que têm uma natureza provisória.

Em seguida temos a definitividade vertical, a qual considera que atos definitivos são aqueles que remontam "*os atos que expressam a última palavra da Administração Tributária, ou seja, a manifestação de vontade do mais elevado superior hierárquico da Administração*"[32]. E, em último lugar, temos a definitividade horizontal será "*o ato decisório concludente de um procedimento administrativo, que fixa de um modo final, os seus efeitos jurídicos*"[33].

Seguindo esta lógica, todos os outros atos que integram o procedimento, mas que não fixam de modo final os efeitos jurídicos, entender-se-ão como preparatórios ou interlocutórios[34]. Embora não sejam atos conclusivos de um procedimento tributário, estes atos assumem relevo pela forma como condicionam a decisão final e por serem atos que caso sejam praticados por entidades diferentes das que têm competência para decidir, poderão ser objeto de imediato recurso contencioso.

Por força do princípio da impugnação unitária (artigo 54.º do CPPT), via de regra, apenas os atos que detenham definitividade horizontal poderão ser impugnados contenciosamente, pois são estes que lesam de forma imediata a esfera jurídica do contribuinte. Ou seja, só poderá haver impugnação contenciosa de atos definitivos, enquanto os atos preparatórios só poderão ser alvo de reclamação nos termos do artigo 66.º n.º 1 da LGT.

O ato de fixação do VPT será precisamente um dos atos interlocutórios do procedimento a que alude o artigo 54.º do CPPT e que comporta "*a pos-*

[30] Amaral, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*. Vol. III, 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 1989, pág. 213.

[31] Amaral, Diogo Freitas do, *Ob. Cit*, pág. 214.

[32] Amaral, Diogo Freitas do, *Ob. Cit*, pág. 215.

[33] Neste sentido cfr. Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*. 4.ª edição, Coimbra Editora 2011, pág. 25.

[34] Sobre a utilização dos critérios referidos para efeitos da qualificação de atos como interlocutórios cfr. Acórdão TC n.421/20, processo n.º 2222/4, de 14 de julho de 2020.

sibilidade de produzir efeitos lesivos externos e imediatos na esfera dos contribuintes, na medida em que se trata de um ato que irá avaliar os prédios e fixar a base tributável para efeitos de apuramento do imposto a pagar"[35]. Por conseguinte, o ato de fixação do VPT não configurará um ato definitivo, por força dos critérios mencionados, mas isto não significará que o mesmo não seja um ato que possa condicionar o ato final do procedimento.

3.3. Princípio da impugnação unitária

No contencioso tributário vigora o princípio da impugnação unitária, que está consagrado no artigo 54.º do CPPT, nos termos do qual só há impugnação contenciosa do ato final do procedimento, por ser este aquele que afeta imediatamente a esfera patrimonial do contribuinte e "*que exprime a última palavra do fisco*"[36].

Decorre deste princípio que "*estando em causa a liquidação de um tributo (…) os atos procedimentais que aconteceram no iter que a ela conduziu não sejam por princípio destacáveis para efeitos de recurso, ou seja, é no quadro (…) da reclamação da liquidação (ou da sua impugnação) que serão apreciadas as eventuais legalidades cometidas no decorrer do procedimento que culminou em tal ato tributário"*[37]. De acordo com este princípio, a esfera patrimonial do contribuinte apenas será afetada, não pelo ato interlocutório, mas sim, pelo ato de liquidação, por ser este apenas o ato lesivo e impugnável.

É o que resulta também do artigo 66.º da LGT, que estabelece que os contribuintes e outros interessados poderão no decorrer do procedimento tributário, reclamar de quaisquer atos ou omissões da Administração Tributária, ou seja, estes atos apenas poderão ser impugnados administrativamente, tal como sustenta a jurisprudência[38]. O contencioso tributário adota, assim, um critério que assenta na lesividade objetiva, imediata e atual, exigindo também a definitividade do ato, como condições de impugnabilidade[39]. Critérios estes que foram

[35] Decisão Arbitral n.º 11/2022-T, de 9 de agosto de 2022.

[36] Marques, Jorge Paulo, "*A Revisão do Ato Tributário – Do mea culpa à reposição da legalidade*" *in Cadernos do IDEFF*, n.º 19, Almedina 2015, pág. 14.

[37] Neste sentido cfr. Morais, Rui Duarte, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, pág. 133.

[38] Neste Sentido cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 023/12, de 6 de julho de 2012.

[39] Acórdão TCAN, processo n.º 00293/23.5BEVIS, de 27 de setembro de 2023.

abandonados pelo contencioso administrativo que, atualmente, exige apenas que o ato administrativo produza efeitos externos[40].

Da reforma de 2004, resultou a adoção do princípio geral do artigo 51.º do CPTA[41], o qual possibilita a impugnação de atos que produzem efeitos externos, independentemente da sua definitividade ou lesividade, ao contrário do procedimento tributário cujas condições para a impugnação contenciosa são ainda muito exigentes.[42] Estas exigências do processo tributário, encontram-se hoje manifestamente ultrapassadas, tanto porque impossibilitam a impugnação dos atos em matéria tributária que produzam efeitos externos, mesmo que não sejam definitivos ou imediatamente lesivos, e por impossibilitarem o conhecimento de vícios do ato impugnado que não tenham sido invocados pelas partes, pelo que através da interpretação analógica do n.º 3 do artigo 95.º do CPTA, admitir-se-ia uma solução que permitiria ao juiz conhecer todos os vícios do ato impugnado, sem todas estas imposições[43]. Não obstante, a lei prevê também algumas exceções ao princípio da impugnação unitária, em que os atos anteriores ao ato final poderão repercutir-se na decisão final e serão por isso impugnáveis.

3.4. Atos destacáveis e imediatamente lesivos

A primeira destas exceções, serão os atos interlocutórios que são direta e imediatamente impugnáveis contenciosamente, os chamados atos destacáveis. Por atos destacáveis entendemos *"os atos que, embora inseridos no procedimento tributário e anteriores à decisão final, a condicionam irremediavelmente, justificando-se que sejam impugnados por forma autónoma, principalmente nos casos em que são praticados por entidades distintas da que deve proferir a decisão final*"[44].

[40] É o que resulta também do n.º 3 do artigo 95.º do CPTA, que estabelece que o tribunal "*deve pronunciar-se sobre todas as causas de invalidade que tenham sido invocadas contra o ato impugnado (…)*".

[41] "*O alcance útil da norma reside no facto de qualificar como impugnáveis os atos em causa, independentemente do juízo que sobre eles possa ser feito quanto a esse ponto, em função da questão de saber se eles projetam diretamente efeitos na esfera jurídica dos eventuais interessados ou se apenas vêm a projetá-lo através da decisão final*". Cfr. Almeida, Mário Aroso de, e Cadilha, Carlos, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos,* Coimbra, Edições Almedina, 5.ª edição, 2021, pág. 339.

[42] "*São externos os atos que produzem efeitos jurídicos no âmbito de relações entre a Administração e os particulares ou que afetem a situação jurídico-administrativa da coisa (…) devem acrescentar os atos decisórios que se inscrevem no âmbito de relações* ". cfr. Almeida, Mário Aroso de, e Cadilha, Carlos, *Ob. Cit,* pág. 346.

[43] Neste sentido cf. Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, *Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*. 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pág. 480.

[44] Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de "*Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*". Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2003, pág. 264.

Adicionalmente *"a impugnação autónoma de atos destacáveis ocorrerá, somente quando esteja prevista na lei, de forma expressa*"[45], como é o caso dos atos de avaliação direta da matéria tributável. Inserem-se aqui também os atos de fixação de VPT, que comportam também atos destacáveis, prevendo a lei a sua impugnação judicial autónoma, no n.º 1 do artigo 86.º da LGT, por configurarem também atos de avaliação direta[46].

Com o alargamento do artigo 148.º do CPA, a impugnação do ato administrativo, depende agora da sua capacidade para produzir efeitos externos lesivos na esfera jurídica dos particulares, pelo que não comportará apenas os atos conclusivos do procedimento, mas serão sempre manifestadores *de jus imperii*. A apreciação restritiva deste preceito, por forma a não permitir a impugnabilidade imediata dos atos intermédios, como os atos de fixação do VPT, será contrariar a finalidade da consagração de um ato destacável, como o previsto no artigo 86.º n.º 1 da LGT, e no artigo 134.º n.º 1 da CPPT, que respeitam os atos próprios da avaliação direta, e não o ato da liquidação, *per si*. É um caso claro em que o legislador, consagra a sindicabilidade destes atos por considerar que os mesmos poderão ser de tal modo pejorativos para a esfera jurídica do contribuinte, em virtude da extensíssima intromissão do Estado na esfera pessoal do contribuinte suscitada pelo poder tributário, que a preclusão desta possibilidade será contrariar aquele que é o conceito moderno de ato destacável.

Em segundo lugar, existe ainda uma outra exceção ao princípio da impugnação unitária prevista na lei, os atos interlocutórios "imediatamente lesivos". Certamente que não existirão grandes dúvidas, que atos lesivos serão, em regra, todos os atos que infrinjam os direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes. Portanto, podemos concluir que, todos os atos que se mostrem lesivos para os direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes serão impugnáveis, conforme o direito à tutela jurisdicional efetiva consagrada no n.º 1 do artigo 20.º, e no n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

Como sabemos, no entanto, a impugnabilidade dos atos interlocutórios será uma exceção à regra, isto porque não sendo atos definitivos, não existem efeitos externos ou, existem apenas efeitos prodrómicos de um ato procedimental que só se torna decisório através do ato conclusivo do procedimento.

Contudo, e como ressalvam Jorge Gomes Canotilho e Vital Moreira "*quando os atos preparatórios (…) são idóneos para produzir efeitos imediatamente lesivos (e, por conseguinte efeitos externos), então estes atos preparatórios têm já efeitos próprios de um ato administrativo sendo suscetíveis de impugnação contenciosa (…) o ato administrativo*

[45] Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, *Ob. Cit.* pág. 265.
[46] Decisão Arbitral n.º 608/2022-T, de 21 de junho de 2023

impugnável não tem de ser executório, pois a executoriedade é uma dimensão estranha à estrutura intrínseca do ato (é apenas a suscetibilidade de o ato ser objeto de execução coativa direta por parte da Administração), mas exige-se que seja eficaz a não ser que embora nulo ou ineficaz esteja na prática a lesar interesses dos particulares"[47].

O critério para a impugnabilidade não assenta mais num critério formal processual e passou a assentar sim, num critério de lesividade, para os direitos e interesses legítimos dos particulares[48].

Em concordância refere Jorge Miranda que "*pretendeu-se consagrar na CRP a recorribilidade de todos os atos lesivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares*"[49], assim aquando do projeto de revisão constitucional, era já certo que a intenção do legislador não seria a de fazer recair a recorribilidade do ato na circunstância de ser "*definitivo e executório*", mas sim na suscetibilidade do mesmo lesar os direitos e interesses legítimos dos particulares[50].

Com a Reforma de 2004 e com a entrada em vigor do CPTA e do seu, já mencionado, artigo 51.º, esta divergência doutrinária parece ter ficado solucionada, sendo que o critério a ter em conta agora centrar-se-á na eventualidade de um ato produzir efeitos externos lesivos da esfera jurídica dos particulares.

Todavia, como ressalvam Carlos Cadilha e Mário Aroso De Almeida, admitir-se-á que o ato "*possa ser controlado judicialmente, não apenas no momento da emissão do ato final, mas sempre que se produzam atuações procedimentais que o justifiquem*"[51]. O intuito principal da reforma era assim o de centrar o critério nos direitos e interesses legítimos dos particulares e não no ato administrativo *per si*,

[47] Canotilho, José Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol. II, 4.ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 939.

[48] Sustentava Osvaldo Gomes que "*um ato administrativo é ou não recorrível conforme a sua potencialidade de lesão de direitos ou interesses prosseguidos pelas normas invocadas, como violadas, pelo recorrente*". Gomes, José Osvaldo, "*Um Ato Administrativo Recorrível*", *in Revista de Direito Público*, Ano VII, n.º 13, Janeiro/Junho, 1994, pág. 59 e ss.

Noutra perspetiva defendia Rogério Soares um critério assente na atualidade do ato lesivo afirmando, *"não bastar que o ato seja daqueles que pela sua natureza concretiza um comando desorientador da ordem jurídica, sendo preciso que o seu estado de virulência seja atual e não apenas potencial*". Cfr. Soares, Rogério, "*O Ato Administrativo*", in *Scientia Jurídica*, Tomo 3, 1990, pág.34 e ss.

[49] Miranda, Jorge, *Um Projeto de Revisão Constitucional*, Coimbra Editora, 1980.

[50] Este foi também o entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional, que determinou que "*o critério de seleção dos atos administrativos que se consideram contenciosamente impugnáveis deixou de assentar nas características da definitividade e da executoriedade do ato, para passar a determinar-se pela capacidade de o ato em causa lesar direitos ou interesses legalmente protegidos*". Cfr. Acórdão. Tribunal Constitucional, processo n.º 379/02, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Pamplona de Oliveira.

[51] Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Coimbra, Edições Almedina, 5.ª edição, 2021, pág. 306 e ss.

como forma a concretizar o princípio da tutela jurisdicional efetiva e "*melhorar a tutela jurídica das situações individuais*"[52].

No caso do tema central desta dissertação – a impugnação dos atos de fixação do VPT – incluir-se-ão entre estes os vícios de forma, ou com base em erro de facto, ou de direito, como vício de falta de fundamentação[53], e a errada classificação do prédio[54], por serem lesivos dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos interessados. A impugnação de atos interlocutórios, quer destacáveis, quer imediatamente lesivos será uma faculdade atribuída ao contribuinte, o que não prejudicará o seu direito de impugnar o ato final, com fundamento nestas ilegalidades, na esteira daquele que é também o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

3.5. Princípio da tutela jurisdicional efetiva

No n.º 4 do artigo 268.º da CRP, encontra-se hoje consagrado o direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. Trata-se de uma concretização do direito à tutela jurisdicional que decorre do artigo 20.º, pelo qual a CRP garante o acesso aos tribunais a quem pretenda dirigir-se-lhes em defesa dos seus direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, para tal a lei reconduziu a efetivação dessa tutela à utilização de meios processuais próprios atribuídos à competência de uma ordem jurisdicional específica. Por outras palavras e como consagra o CPTA no seu artigo 2.º, "*a cada direito corresponde uma ação*".

A nova formulação da lei, após a revisão constitucional de 1982, exprime a opção do legislador pela "*substantivização do preceito, determinada por uma preocupação de o libertar de conceitos pré-constituídos cuja inclusão podia criar condições limitativas de um pleno desenvolvimento do seu sentido e alcance contribuindo para que dele não seja extraída as devidas consequências, nem consequentemente concretizadas as potencialidades que ele encerra (…)*". A garantia de impugnação dos atos adminis-

[52] Silva, Vasco Pereira da, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Almedina, 2005, pág. 47.

[53] "*Se o contribuinte entende que a primeira avaliação não está suficientemente fundamentada e pretende impugná-la, invocando respetivo vício de falta fundamentação, não é necessário requerer a segunda avaliação, para deduzir impugnação judicial com esse fundamento"* Cfr. Acórdão do STA, processo n.º 04/08, de 16/04/2008.

Neste sentido também cfr. Acórdão TCAS, processo n.º 2197/15.6 BEALM, de 01/27/2022: "*Os vícios relativos à falta de fundamentação da avaliação do VPT e à ilegalidade do regime jurídico aplicado na avaliação não estão abrangidos pela necessidade de impugnação contenciosa dos atos avaliativos"*.

[54] "*Respeita (…) um ato imediatamente lesivo dado que provoca uma alteração significativa na esfera jurídica da recorrente*". Cfr. Acórdão do STA, processo n.º 01725/23, de 11/27/2013.

trativos incube que "*(…) todos os atos que possam de alguma forma causar uma lesão aos direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, por ser este o conteúdo material que importa para fins da sua impugnação, valendo então, para qualquer contexto procedimental em que o ato for produzido*"[55].

Esta será inevitavelmente a apreciação, com que devemos observar disposições, como a do artigo 86.º n.º 1 da LGT, que consagra um ato cuja materialidade subjacente pode ser de tal modo injuriosa, que afetará os direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, dos particulares, de tal modo, que a sua impugnabilidade é necessariamente consagrada na lei. O direito à tutela jurisdicional efetiva, cria uma visão centrada, nos direitos dos particulares e não no ato administrativo *per si*, acentuando os aspetos garantísticos dos particulares, como forma a melhorar a tutela jurídica das suas situações individuais. É esta materialidade subjacente, que deverá prevalecer, sobre os formalismos do contencioso tributário, que não poderão obstaculizar o particular, precludindo o exercício dos seus direitos fundamentais. Incumbir ao particular o ónus do esgotamento de todos os meios de defesa aplicáveis, será uma denegação de justiça, pelo que estes, deverão sim ser instrumentalizados a seu favor, como a verdadeira faculdade que são, em prol, quer da tutela jurisdicional efetiva, na dimensão do princípio *pro actione*[56], quer do princípio da justiça[57].

4. Da inimpugnabilidade dos atos de fixação do VPT

Se é verdade que a justiça tributária está ligada às pretensões dos contribuintes e constitui a defesa destas pretensões um dos seus objetivos, não lhe pode ser negada uma função garantista individual. Esta função garantista reclama da "*existência de esquemas, ordenações e instrumentos formais cujo objetivo poderá ser, em relação a um determinado ato, a sua declaração de inexistência, declaração de nulidade, anulação, revogação ou confirmação*"[58]. As garantias dos contribuintes dividem-se entre as garantias administrativas, enquanto aquelas que decorrem perante um órgão de natureza administrativa, podendo estas também ser repartidas entre as garantias administrativas não impugnatórias e garantias administrativas impugnatórias (como o direito à reclamação e o direito de recurso). E por outro lado,

[55] Neste sentido cfr. Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada- Volume III*. 2.ª edição, UCP Editora, 2020, pág. 550.

[56] Consagrado no artigo 7.º do CPTA.

[57] Consagrado nos artigos 266.º.2. da CRP, 55.º da LGT, e 8.º do CPA.

[58] Morais, Rui Duarte, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, pág. 28.

as garantias jurisdicionais, são aquelas que se efetivam perante órgãos jurisdicionais (como a impugnação judicial, oposição à execução fiscal e o direito de recurso jurisdicional).

Os atos de fixação do VPT, enquanto atos de avaliação direta são também passíveis de exercício de uma garantia judicial, neste caso de impugnação, desde que tenham sido "*esgotados todos os meios administrativos para a sua revisão*" (cfr. n.º 2 do artigo 86.º da LGT). Existem, por isso, dois meios administrativos prévios para que os sujeitos passivos possam reagir contra os atos de fixação do VPT, que importam destacar[59].

Primeiramente teremos o pedido de segunda avaliação, previsto nos artigos 71.º e seguintes do CIMI. Este meio tutelar, surge como "*condição de precedência judicial*"[60], pelo que o sujeito passivo não poderá, via de regra, discutir o VPT em sede contenciosa, sem antes fazer este pedido de segunda avaliação. Neste ponto, para efeitos da presente dissertação, iremos apenas analisar, o regime da segunda avaliação aplicável aos prédios urbanos (artigo 76.º e ss. do CIMI).[61]

A segunda avaliação de imóveis só pode ser suscitada após ter sido concluída, a primeira avaliação, logo após o seu resultado ser notificado ao sujeito passivo que em caso de discordância, pode requerer uma segunda avaliação, podendo o chefe de finanças da área da localização do prédio, exercer idêntica faculdade. A importância particular deste procedimento prende-se com o facto de apenas ser possível recorrer do resultado da segunda avaliação e não da primeira (cf. n.º 1 do artigo 77.º CIMI). Só após ter sido proferida uma decisão da segunda avaliação é que o sujeito passivo poderá impugnar judicialmente a mesma, pois só aqui terão sido esgotados todos os meios administrativos para sua revisão (como decorre do n.º 2 do artigo 86.º da LGT). Adicionalmente, existe também a possibilidade de os sujeitos passivos requererem um pedido de revisão oficiosa destes atos (cfr. n.º 1 do artigo 78.º da LGT), no prazo de reclamação administrativa.

Os procedimentos de avaliação direta visam determinar o valor dos rendimentos ou bens sujeitos a tributação, tratando-se de um instrumento útil na descoberta da verdade material (cfr. n.º 1 do artigo 83.º da LGT), o que será

[59] Poderá igualmente ser suscitada a reclamação administrativa dos atos interlocutórios do procedimento, prevista no artigo 66.º da LGT.

[60] Rocha, António Santos, Brás, Eduardo José Martins, *Tributação do património IMI-IMT e imposto do selo (anotados e comentados)*. 3.ª edição. Lisboa: Edições Almedina, 2018, pág. 254.

[61] A segunda avaliação "*não é um recurso da primeira, mas sim uma avaliação completamente nova, distinta e autónoma, efetuada por peritos diferentes, a fundamentação de uma não pode relevar para a outra que desde logo implica que não deve constar no respetivo termo de avaliação*", cfr. Rocha, António Santos, Brás, Eduardo José Martins, *Tributação do património IMI-IMT e imposto do selo (anotados e comentados)*. 3.ª edição. Lisboa: Edições Almedina, 2018, pág. 253.

o caso dos procedimentos de fixação do VPT. Como vimos anteriormente, os atos de fixação do VPT são atos interlocutórios, pelo que por força do princípio da impugnação unitária do artigo 54.º do CPPT, os mesmos não serão passíveis de impugnação autónoma, o que coloca uma questão sobre o que se sucede quando o sujeito passivo se depara com uma primeira avaliação do imóvel incorreta, tendo já sido ultrapassado o prazo para requerer uma segunda avaliação, ou reclamar do mesmo. Será ainda assim, o ato que fixou a matéria coletável, impugnável, com base no na ilegalidade subjacente do seu cálculo? Ou, terá o contribuinte ainda hipótese de ver este ato ser sindicado judicialmente?

O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de fevereiro de 2023[62], indica alguma contrariedade, a esta possibilidade de impugnação por entender que " *O disposto nestes dois artigos 76.º e 77.º do Código do IMI devem ser interpretados em conjugação com o disposto no referido artigo 134.º do CPPT, que prevê, como atrás referimos, a impugnação dos atos de fixação dos valores patrimoniais, e no seu n.º 7 condiciona a impugnabilidade ao esgotamento dos meios gracioso (…) que por sua vez está em consonância com o artigo 86.º, n.º 2, da LGT (…).*

Esta necessidade de esgotamento dos meios graciosos como condição de impugnação do valor fixado através de avaliação direta, reiterada nas diferentes disposições legais, evidencia que a segunda avaliação não é, para efeitos de impugnação, uma mera faculdade. (…).

[S]olução contrária traria, por um lado, irracionalidade ao sistema, que exige para a impugnação do resultado da avaliação direta, uma segunda avaliação (visando eliminar a carga subjetiva inerente à avaliação e promover a fixação tão objetiva quanto possível da matéria coletável), e já a dispensaria se as ilegalidades a ela inerentes pudessem ser tratadas em sede de impugnação da liquidação do tributo; e por outro, deixaria sem sentido a previsão de impugnação autónoma do ato de fixação do valor patrimonial tributário, pois o corolário lógico da sua previsão só pode ser a preclusão da possibilidade de impugnação posterior (…)".

Neste sentido, o Supremo Tribunal Administrativo inclinou-se muito naquilo já vinha a ser defendido por Benjamim Silva Rodrigues, Diogo Leite Campos e Jorge Lopes de Sousa, relativamente à impossibilidade impugnação dos atos que fixam a matéria calculável para efeitos de IMI. Entendem assim que, face à sua natureza, "*somente os vícios que afetem os atos de avaliação direta, enquanto atos de avaliação direta, quer os existentes no próprio ato, quer os que se repor-*

[62] Cfr. Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de fevereiro de 2023, processo n.º 0102/22.2BALSB.

tem ao respetivo procedimento de avaliação, apenas poderão ser invocados na respetiva impugnação e não na impugnação do ato de final de liquidação"[63].

Acrescentam ainda que, "*(…) da avaliação direta da matéria tributável, resulta claramente do n.º 4 do at.º 86.º da LGT, embora a contrário, que a invocação das ilegalidades de atos de avaliação direta só pode sem efetuada em impugnação autónoma. Na verdade, tratando este art. 86.º da LGT da impugnação de atos de avaliação direta e de avaliação indireta da matéria tributável, o facto de se prever no seu n.º 4, apenas para os atos de avaliação indireta, a possibilidade de invocação das respetivas ilegalidades na impugnação do ato de liquidação, revela com clareza uma intenção legislativa de que só nesses casos de avaliação indireta tal é possível*[64]*, pois, se assim não fosse, decerto se faria referência cumulativa à generalidade de atos de avaliação da matéria tributável.*"[65]

Assim, em concordância com esta posição Luís Corvelo de Freitas e Joaquim Silvério Mateus sustentam que se este ato for impugnado sem esgotar todos os meios administrativos, será necessariamente ilegal, o que conduzirá à rejeição desta ação, uma vez *"não é admitida a impugnação judicial da liquidação tributária que (…) não foi oportunamente contestada"*[66].

A impugnação contenciosa estaria, por isso, vedada ao *"ato final do procedimento, que afeta imediatamente a esfera patrimonial do contribuinte, fixando a posição final da administração tributária perante este, definindo os seus direitos e deveres*"[67], pelo que esta "*suscetibilidade de impugnação autónoma decorre da lesividade do ato (…)*"[68], neste caso o ato definitivo, seria o ato liquidação[69].

[63] Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, "*Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*". Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2012, pág. 426.

[64] Esta espécie de filtro "*pré judicial*" que reduz o número de casos que os tribunais são chamados a apreciar, só se mostra como indispensável, quando esteja em causa o resultado da aplicação da lei (normas que regulam o procedimento de avaliação), pois é em tal aplicação que poderão estar envolvidos conhecimentos técnicos, não jurídicos e não quando esteja em causa a determinação da lei aplicável à avaliação. Sendo a questão em discussão, exclusivamente jurídica, um tribunal será mais qualificado para precisar sobre a mesma, do que uma comissão de peritos avaliadores. Deste modo, as previsões legais aplicáveis no processo de impugnação dos atos de fixação VPT, não podem ser entendidas como forma a precludir a possibilidade impugnação dos vícios dos atos de fixação do VPT e devem permitir a impugnação dos mesmos, sem necessidade prévia de esgotamento dos meios graciosos, contrariamente ao que parece ser o entendimento destes autores.

[65] Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*. Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2012, pág. 427.

[66] Freitas, Luís Corvelo de, Mateus, Joaquim Silvério Dias, *Os Impostos Sobre o Património Imobiliário O Imposto do Selo*. Lisboa: Engifisco, 2005, pág. 250.

[67] Acórdão do TCAN, processo n.º 012711/11.2BEPRT, de 26 de maio de 2015

[68] Acórdão do STA, processo n.º 0312/15, de 29 de março de 2017.

[69] Não podemos concordar com esta jurisprudência, porque a nosso ver, esta apreciação esvaziaria

Compreende também o Tribunal Central Administrativo Sul, que por força do próprio artigo 54.º CPPT[70], não poderão ser impugnáveis os atos interlocutórios, mas sim os atos de liquidação, por serem estes os atos finais do procedimento[71]. Isto porque *"a lei reconhece assim que, por ser aquela que fixa definitivamente a posição da Administração Tributária e que define a situação individual e concreta do contribuinte, é apenas a decisão final do procedimento que lesa efetivamente a sua esfera jurídica e que, por isso, é apenas desta que cabe impugnação contenciosa"*[72].

O Supremo Tribunal Administrativo uniformizou então a sua jurisprudência, no sentido de "*deixando o contribuinte precludir a possibilidade de sindicar o valor patrimonial tributário nos termos previstos nos artigos 76.º e 77.º do Código do IMI, não pode arguir a ilegalidade da liquidação com fundamento na ilegalidade subjacente ao cálculo do valor patrimonial tributário que lhe serviu de matéria coletável"*[73].

5. Da contestação direta dos atos de fixação do VPT

Como já podemos demarcar, a fixação do VPT assenta numa série de atos que não são definitivos do procedimento, mas antes, interlocutórios, por não corresponderem à "*palavra final da Administração",* e como tal, o princípio da impugnação unitária obsta à sua impugnação (artigo 54.º do CPPT). Contudo, a lei exceciona desta proibição, os atos imediatamente lesivos, e também os atos destacáveis.

Destarte, este é o caso dos atos de fixação do VPT, que por serem atos de avaliação direta, estariam abrangidos pelo artigo 81.º, e pelo n.º 1 do artigo 86.º da LGT, sendo por isso atos destacáveis passíveis de impugnação contenciosa autónoma e direta[74], comportando uma "*exceção do princípio da impugnação*

completamente a função garantista que existe com a consagração de atos destacáveis na lei, como é o caso dos atos de fixação do VPT.

[70] Neste sentido também cfr. Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, *Ob.Cit.*, pág. 468.: "*(…) o contribuinte, perante um ato de liquidação com que não concorda não possa atacar com vícios próprios dele (…)*se estes não forem impugnados, a decisão consolidar-se-á, ou seja, o ato destacável apenas poderá ser impugnado de forma direta e estes vícios não poderão ser invocados em sede impugnação contenciosa do ato final do procedimento".

[71] Não partilhamos da visão perfilhada, pois o esgotamento dos meios administrativos aplicáveis será uma faculdade do contribuinte e não um ónus, pois restringir as garantias impugnatórias do contribuinte desta forma será manifestamente excessivo, face ao princípio da tutela jurisdicional efetiva do número 4 do artigo 268.º da CRP.

[72] Cfr. Acórdão do TCAS, processo n.º 92/20.6BEBJA, de 16 de setembro de 2021.

[73] Acórdão do STA, processo n.º 047/23.9BALSB de 25 de outubro de 2023.

[74] Neste sentido cfr. Decisão Arbitral n.º 658/2021-T, de 27 de junho de 2022: " *Os atos de fixação do VPT são destacáveis e autonomamente impugnáveis".*

unitária"[75]. Existe por isso, uma clara contradição entre as normas jurídicas enunciadas e aquelas que indicam que o particular terá de esgotar todos os meios administrativos disponíveis, antes de proceder à impugnação dos mesmos (artigos 86.º n.º 2 da LGT, 134.º n.º 7 do CPPT e dos artigos 71.º e ss. do CIMI).[76] Para ultrapassar esta dissonância da lei temos de nos socorrer da hermenêutica jurídica e dos seus elementos interpretativos, através dos quais podemos compreender o verdadeiro sentido dos enunciados legais em causa e do seu modo de aplicação.

De um ponto de vista teleológico, não consideramos que a finalidade da lei aponte para uma restrição das garantias dos contribuintes, ao incumbir-lhes o encargo de esgotar todos os meios graciosos disponíveis, e impossibilitem o contribuinte de sindicar o valor patrimonial tribunal, nos termos dos artigos 76.º e 77.º do CIMI[77].

Esta apreciação restritiva contraria aquele, que é agora, o conceito de ato contenciosamente impugnável, consagrado no procedimento administrativo, por força do artigo 148.º do CPA[7879]. Um ato será considerado como contenciosamente impugnável pela virtualidade que o mesmo terá de produzir efeitos jurídicos no âmbito das relações entre a Administração e os particulares[80]. Neste sentido, o artigo 54.º do CPPT poderá prever a impugnabilidade imediata de atos interlocutórios, que condicionem a decisão final, que será os

[75] Expressão utilizada deste modo pelos autores. Cfr. Bulcão, Gonçalo, Vidal, José Ramos e Menezes, Maria João, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, pág. 884.

[76] Neste sentido também cfr. Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, *Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*, 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pág. 373.

[77] Neste sentido entendeu o TCAS, no acórdão proferido no âmbito do processo n.º 2765/12.8BELRS, de 31 de outubro de 2019 que a "*fixação do VPT constitui (…) um ato administrativo em matéria tributária, destacável e, por isso, passível de impugnação autónoma. A impugnação autónoma dos atos destacáveis tem como propósito oferecer uma maior garantia aos administrados, permitindo-lhes reagir atempadamente de modo a evitar a produção de efeitos lesivos, que se projetam no ato final do procedimento ou em atos externos a este (…) sendo a fixação do VPT um ato destacável, ele goza de possibilidade de impugnação autónoma, independentemente da existência ou não de liquidação ".*

[78] Que será aplicável subsidiariamente ao contencioso tributário, por força da alínea c do artigo 2.º da LGT e alínea d, do artigo 2.º do CPPT.

[79] Na Decisão Arbitral n.º 835/2021-T, de 5 de maio de 2022, considerou o tribunal arbitral que a interpretação do "*principio da impugnação judicial que preclude a sua impugnação, não compactua com o hodierno conceito do ato destacável, nem interpreta adequadamente o princípio da impugnação unitária*".

[80] "*(…) ato administrativo impugnável é ato dotado de eficácia externa (…) o princípio geral de impugnabilidade dos atos administrativos com eficácia externa, especialmente daqueles cujo conteúdo seja suscetível de lesar direito ou interesses legalmente protegidos".* Cfr. Acórdão TCAN, processo n.º 0221/15.1BEBRG, de 6 de março de 2016. «

casos dos atos de avaliação direta, como os atos de fixação do VPT[81]. A *ratio legis*, para um ato destacável como este será consequentemente, a de conceder uma maior garantia aos administrados permitindo-lhes reagir à lesividade da decisão final do procedimento de atos como este[82].

Não podemos ainda corroborar com o entendimento de que a impugnação contenciosa dos atos de fixação de atos interlocutórios se trate de um ónus e não de uma faculdade dos sujeitos passivos. Consideramos, que a impugnação dos atos de fixação do VPT, é uma verdadeira faculdade dos contribuintes, e não poderão os sujeitos ser precludidos de um direito subjetivo. Só através deste entendimento se poderá garantir a aplicação dos princípios da tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º da CRP e números 4 e 5 do artigo 268.º da CRP) e do princípio da justiça (artigo 266.º n.º 2 da CRP e do artigo 8.º do CPA)[83].

Ademais de um ponto de vista sistemático, as exigências para efeitos de impugnação dos atos interlocutórios, no processo tributário encontram-se já ultrapassadas no processo administrativo, onde o n.º 3 do artigo 51.º do CPTA, possibilita a impugnação dos atos interlocutórios, desde que os mesmos produzam efeitos externos. É imperioso, por forma a garantir a igualdade num contexto horizontal do sistema, que haja um consenso da interpretação e soluções que são atribuídas aos atos interlocutórios, tanto no contencioso administrativo, como no contencioso tributário. A relação de proximidade, que existe entre o ato administrativo e o ato tributário[84], aconselha à superação das exigências anacrónicas, como forma a compactuar com os princípios orientadores do processo tributário.

Será também a facultatividade[85], inerente a esta impugnação que permitiria, por via da aplicação subsidiária do artigo 185.º do CPA e do n.º 3 do artigo 95.º do CPTA, que entendamos que nada obsta também, a que o recorrente

[81] Neste sentido também cfr. Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, *Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*. 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pág. 374.

[82] Cfr. Decisão Arbitral n.º 487/2020, de 10 de maio de 2021

[83] Neste sentido, mas sobre uma outra temática em torno de atos procedimentais da mesma natureza Cfr. Acórdão do TC n.º 410/2015, de 29 de setembro de 2015: "*Julgar inconstitucional a interpretação do artigo 54.º do Código de Procedimento e Processo Tributário que, qualificando como um ónus e não como uma faculdade do contribuinte a impugnação judicial dos atos interlocutórios imediatamente lesivos dos seus direitos, impede a impugnação judicial das decisões finais de liquidação do imposto com fundamento em vícios daqueles, por violação do princípio da tutela judicial efetiva e do princípio da justiça, inscritos nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa*".

[84] Por força do caráter subsidiário que a legislação administrativa tem à legislação processual tributária (Cfr. Alíneas b e d, do artigo 2.º do CPPT e da alínea c, do artigo 2.º da LGT).

[85] Neste sentido cfr. Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, *Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*. 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pág. 490.

só invoque os vícios dos atos de fixação do VPT, aquando da impugnação do ato definitivo (ato de liquidação), que ficará dependente do esgotamento dos meios graciosos[86]. Assim, o questionamento do valor fixado da matéria coletável imposto, através da impugnação judicial, não será dependente do esgotamento dos meios graciosos.

De igual forma, não tendo sido impugnado judicialmente o resultado da segunda avaliação, não se formará caso resolvido sobre o valor da avaliação, pelo que nada obsta a que esta discussão possa ser discutida.

O entendimento, de que não será possível a impugnação dos atos de fixação do VPT, como compreende alguma jurisprudência[87] não configura uma interpretação atual da lei, por não ter em conta o princípio constitucional estruturante, da tutela jurisdicional efetiva. Este princípio é primeiramente, um direito fundamental que implica o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos individuais, não podendo as normas que moldam este acesso obstaculizá-lo ao ponto de o tornar impossível ou dificultá-lo de forma não objetivamente exigível, e também um garante para os particulares, da existência de meios processuais para impugnação dos atos administrativos que sejam lesivos dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos particulares. É relevante observar para efeitos interpretativos, que, a *occasio legis*, da consagração do artigo 86.º n.º 2 da LGT e do artigo 134.º n.º 7 do CPPT é anterior à reforma de 2004 e da consagração do princípio da tutela jurisdicional efetiva[88].

Traduzindo este princípio, uma verdadeira substantivação da lei, por forma a garantir a impugnação de todos os atos que possam de alguma forma ser lesivos da esfera jurídica dos particulares[89]. É o conteúdo material do ato aquilo que realmente importou para o pensamento do legislador constitucional, e não a circunstância de ato ser ou não definitivo, pelo que se o ato interlocutório for idóneo para produzir efeitos lesivos para os particulares então, esses atos já terão efeitos próprios de um ato impugnável., e deverá ser passível de impugnação, aquando da contestação do ato de liquidação[90].

A reforma de 2004 foi imprescindível, para combater o excessivo formalismo do contencioso tributário por força da consagração de uma dimensão da

[86] Neste sentido cfr. Decisão Arbitral n.º 718/2021-T.

[87] Acórdão TCAS, processo n.º 146/17.6BELLE, de 13 de outubro de 2017.

[88] Consagrado no número 1, do artigo 96.º do CPPT: "*O processo judicial tributário tem por função a tutela plena, efetiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária.*"

[89] Neste sentido cfr. Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III.* 2.ª edição, UCP Editora, 2020, pág. 550.

[90] Neste sentido cfr. Canotilho, José Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* , Vol. II, 4.ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 939.

tutela jurisdicional efetiva, o princípio *pro actione*[91]. Este artigo aponta para uma interpretação, de aplicação das normas processuais no sentido de favorecer o acesso ao tribunal e de evitar situações de denegação de justiça[92]. Deste modo, dever-se-á interpretar as normas referidas como apenas um instrumento para a realização da justiça material, não devendo as mesmas obstar a que os sujeitos passivos possam alcançá-la, nomeadamente através da impugnação dos atos de fixação do VPT[93].

A tradição formalista fez da história do contencioso tributário, uma moldada por situações de denegação de justiça[94], existia uma prevalência do princípio da adequação formal[95], o que traduzia uma subordinação do direito substantivo à forma. Com efeito, com a consagração do princípio da tutela jurisdicional efetiva, esta consideração não será mais correta, devendo a forma e a adequação formal ser instrumentalizada por forma a garantir acesso à justiça tributária[96]. A impugnação dos atos de fixação do VPT, não poderá ser obsta-

[91] Na Decisão Arbitral n.º 760/2020-T, de 2 de julho de 2021, o tribunal arbitral considerou que restringir ou eliminar a possibilidade de impugnação constituiria, através desta imposição de esgotamento dos meios administrativos "*uma agressão manifesta o princípio da tutela jurisdicional efetiva (…) nomeadamente o principio «pro actione», consagrado expressamente no artigo 7.º do CPTA (…) que aponta para a minimização da rigidez das formas processuais decorrente do princípio da tipicidade e favorece o acesso ao tribunal evitando situações de denegação de justiça excessivo por excessivo formalismo, pois as regras processuais devem ser consideradas como um instrumento para a realização da justiça e não um obstáculo a que ela aconteça*"

[92] Neste sentido cfr. Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa*. 19.ª edição, Coimbra: Almedina 2021,, pág. 416 e seguintes.

[93] Veja-se a este respeito a Decisão Arbitral n.º 718/2021-T, de 14 de julho de 2022, decidiu-se que "*ainda que se considerasse que dos artigos 86.º, n.º 2, da LGT e 134.º, n.º 7, do CPPT decorre a consagração de um regime de tutela administrativa prévia, sempre haveria que se considerar que esse ónus apenas se impõe na estrita ótica do ato interlocutório impugnado. Significa isto que a obrigatoriedade de utilização prévia dos meios de tutela administrativos (…) ao ato de liquidação que lhe é subsequente e relativamente ao qual não resulta da lei qualquer limitação quanto à sua impugnação contenciosa"*. Considera então o tribunal arbitral que, *"do artigo 185.º do CPA aplicável ex vi artigo 2.º, alínea c), [e também do artigo n.º 3 do artigo 51.º do CPTA] que as limitações (…) no que toca à imposição de impugnações administrativas necessárias diz respeito, apenas (…) nos casos expressamente qualificados como tal por lei, como sucede a título de exemplo nos casos de reclamação graciosa necessária"*.

[94] "*(…)do que se trata é de superar os velhos traumas da infância difícil do contencioso administrativo (…) para se passar a considerar que os tribunais administrativos são verdadeiros e próprios tribunais, pelo que os efeitos das suas sentenças não possuem qualquer limitação natural ou congénita, antes devendo ter por critério e medida (a plenitude e a efetividade) os direitos dos particulares necessitados de tutela.*" SILVA, Vasco Pereira, "*Todo o Contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição*" *in Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho/Agosto, CEJUR, 2002, pág.24.

[95] Este é um dos princípios reguladores no Processo Civil, o qual está consagrado no artigo 547.º do CPC.

[96] A conformidade do pedido com o processo afere-se "*pelo ajustamento do pedido à finalidade para a qual a lei criou o respetivo processo, desde que coincidam o fim concretamente visado pelo autor e o fim abstratamente*

culizada pelas demais regras formais como forma a precludir o sujeito passivo do exercício de um direito fundamental.

Nesta senda, considerando que o ato de fixação do VPT comporta um ato administrativo em matéria tributável, destacável, entendemos pela interpretação conjunta das normas referidas, e atendendo aos elementos da hermenêutica jurídica, que se deverá proceder a uma leitura reconstitutiva da lei, por forma a ampliar o seu âmbito de aplicação.

6. Conclusão

Em jeito de conclusão, os atos quem fixam o VPT deverão ser suscetíveis de impugnação autónoma e direta, por via da ação administrativa especial, enunciada na alínea d do n.º 1 do artigo 10.º CPPT e das alíneas d e f do número 1 do artigo 97.º do mesmo diploma, sendo impugnáveis na jurisdição tributária de acordo com as normas do processo nos tribunais administrativos (de acordo com o n.º 2 do artigo 97.º do CPPT).

Não entendemos, contudo, que se possam duplicar os meios, mas sim que a contestação por via da impugnação contenciosa autónoma e direta, será uma verdadeira faculdade do contribuinte (tal como devem ser entendidos os demais meios graciosos) e não um ónus, por forma a não restringir o acesso do mesmo a um direito fundamental.

Os vícios que afetam um valor fixado através de um ato de avaliação direta, poderão por isso ser impugnados tanto na sua impugnação direta, como na impugnação da liquidação que tiver por base o valor resultante da avaliação que vier a ser efetuada.

A impugnação judicial do ato de fixação do valor patrimonial não deverá estar dependente do esgotamento dos meios graciosos, e a sua não contestação não deverá significar que em sede impugnação judicial do ato de liquidação, não se possa questionar os atos que fixaram a matéria coletável daquele imposto.

É por isso fundamental preconizarmos pela funcionalização do direito adjetivo em matéria tributária em relação à tutela dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos particulares, por forma a não precludir os mesmos das suas garantias e a obstaculizar o acesso à justiça.

figurado na lei". cfr. Reis, Alberto, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, páginas 289-291.

Bibliografia

Alfaro, Martins, *Código do Imposto Municipal sobre Imóveis Comentado e Anotado*. Lisboa: Áreas Editora, 2004.

Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Coimbra, Edições Almedina, 5.ª edição, 2021.

Amaral, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*. Vol. III, 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 1989.

Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa*. 19.ª edição, Coimbra: Almedina 2021.

Autoridade Tributária e Aduaneira, *Manual de Avaliação de Prédios Urbanos*. Versão 7.0, 2020.

Bulcão, Gonçalo, Vidal, José Ramos e Menezes, Maria João, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, pág. 884.

Canotilho, José Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

Campos, Diogo Leite de, Rodrigues, Benjamim Silva, Sousa, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*. Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2003.

Catarino, João Ricardo, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*. 7.ª edição, Âncora Editora, 2003.

Freitas, Luís Corvelo de, Mateus, Joaquim Silvério Dias, *Os Impostos Sobre o Património Imobiliário O Imposto do Selo*. Lisboa: Engifisco, 2005.

Guimarães, Ricardo, "*Valor Patrimonial Tributário*". *in Revista Fiscalidade*, n.º 23, Edição do Instituto Superior de Gestão, 2005.

Matias, Vasco Valdez, *A Contribuição Autárquica e a Reforma da Tributação do Património*. Lisboa, Vislis Editores, 1999.

Miranda, Jorge, *Um Projeto de Revisão Constitucional*, Coimbra Editora, 1980.

Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III*. 2.ª edição, UCP Editora, 2020.

Morais, Rui Duarte, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

Nabais, José Casalta, *Direito Fiscal*, 8.ª edição. Lisboa: Coimbra: Edições Almedina, 2015.

Nascimento, Esmeralda, Trabulo, Márcia, *IMI imposto municipal sobre imóveis notas práticas*. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

Neto, Serena Cabrita, Trindade, Carla Castelo, "*Contencioso Tributário I – Procedimento, Princípios e Garantias*. 1.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

Pardal, Sidónio, Lobo, Carlos Baptista, "*Património Imobiliário: Referências para a Avaliaçã*o. Coimbra: Almedina, 2011.

Reis, Alberto, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Ribeiro, Nuno Cerdeira, *O Controlo Jurisdicional dos Atos da Administração Tributária*. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
Rocha, António Santos, Brás, Eduardo José Martins, *Tributação do património IMI--IMT e imposto do selo (anotados e comentados)*. 3.ª edição. Lisboa: Edições Almedina, 2018.
Sanches, J.L. Saldanha, *Justiça Fiscal*. Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
Silva, Vasco Pereira, "*Todo o Contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição*" *in Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho/Agosto, CEJUR, 2002.

Jurisprudência

Centro de Arbitragem Administrativa
Decisão Arbitral n.º 540/2020-T, de 30 de abril de 2021.
Decisão Arbitral n.º 487/2020, de 10 de maio de 2021.
Decisão Arbitral n.º 760/2020-T, 2 de julho 2021.
Decisão Arbitral n.º 486/2020-T, de 26 de novembro de 2021.
Decisão Arbitral n.º 407/2021-T, de 10 de março de 2022.
Decisão Arbitral n.º 614/2021-T, de 23 de março de 2022.
Decisão Arbitral n.º 825/2021-T, de 5 de maio de 2022
Decisão Arbitral n.º 658/2021-T, de 27 de junho de 2022.
Decisão Arbitral n.º 718/2021-T, de 14 de julho de 2022.
Decisão Arbitral n.º 11/2022-T, de 9 de agosto de 2022
Decisão Arbitral n.º 608/2022-T, de 21 de junho de 2023.

Supremo Tribunal Administrativo
Acórdão do STA, processo n.º 2064/03 de 22 de janeiro de 2004.
Acórdão do STA, processo n.º 0497/06, de 18 de outubro de 2006.
Acórdão do STA, processo n.º 04/08, de 16 de abril de 2008.
Acórdão do STA, processo n.º 01725/23, de 27 de novembro de 2013.
Acórdão do STA, processo, n.º 01784, de 14 de outubro de 2015
Acórdão do STA, processo n.º 0312/15, de 29 de março de 2017.
Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA de 23 de fevereiro de 2023, processo n.º 0102/22.2BALSB.
Acórdão do STA, processo n.º 047/23.9BALSB de 25 de outubro de 2023.

Tribunal Central Administrativo Norte
Acórdão do TCAN, processo n.º 012711/11.2BEPRT, de 26 de maio de 2015.
Acórdão TCAN, processo n.º 0221/15.1BEBRG, de 6 de março de 2016.
Acórdão TCAN, processo n.º 00293/23.5BEVIS, de 27 de setembro de 2023.

Tribunal Central Administrativo Sul
Acórdão TCAS, processo n.º 146/17.6BELLE, de 13 de outubro de 2017.
Acórdão TCAS, processo n.º 2765/12.8BELRS, de 31 de outubro de 2019.
Acórdão do TCAS, processo n.º 92/20.6BEBJA, de 16 de setembro de 2021.
Acórdão TCAS, processo n.º 2197/15.6 BEALM, de 27 de janeiro de 2022.

Tribunal Constitucional
Acórdão do TC n.º 649/2005, de 16 de novembro de 2005.
Acórdão do TC n.º 410/2015, de 29 de setembro de 2015.
Acórdão do TC n.º 718/2017, de 15 de novembro de 2017.
Acórdão do TC n.º 421/204, de 14 de julho de 2020.

A Ciência do Direito e as inovações tecnológicas digitais: Breves aproximações históricas e tendências actuais

Legal science and digital technological innovations: brief historical approximations and current trends

DÁRIO ANICETO CHICALE*

SUMÁRIO: *I – Introdução: 1. Conspecto geral; 2. A situação inicial da ciência jurídica; 3. A evolução posterior aos finais do séc. XX. II – A Digitalização. Dogmática geral: 4. Flutuações linguísticas. Breves notas: 4.1. Digital e Analógico. Pano de fundo; 5. Manifestações tecnológico-culturais; III – Digitalização e Direito: 6. A digitalização no Direito; 7. Manifestações concretas na ciência do Direito: 7.1. A digitalização no Direito público; 7.2. O governo electrónico (E-Government). Aspectos gerais; 7.3. A digitalização no Direito privado: 7.3.1. Manifestações no Direito privado comum; 7.3.2. Manifestações no Direito privado especial; 7.3.3. Manifestações no Direito geral da personalidade. Bibliografia.*

RESUMO: As ondulações do processo tecnológico digital encontram na ciência do Direito, como em todas as manifestações culturais, uma relevância particular em múltiplos aspectos. O presente estudo, de natureza introdutória, traduz a preocupação recente com o influxo digital na ciência do Direito; no seu mérito, visa, essencialmente: (a) ponderar os impactos do processo digital ao longo da história do pensamento jurídico e (b) dissecar os problemas actuais com que os diversos sectores normativos são assaltados.

PALAVRAS-CHAVE: (i) digitalização, (ii) tecnologia digital, (iii) ciência do Direito, (iv) cultura, e (v) introdução.

* Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane; Advogado; Jurisconsulto e Parecerista; Agente Oficial da Propriedade Intelectual e Associado Efectivo da Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.
Correio Electrónico: dariochicale@gmail.com
https://orcid.org/0009-0007-8228- 2062

Abstract: The undulations of the digital technological process have, as in all cultural manifestations, a particular relevance within legal science in multiple aspects. This study, of an introductory nature, reflects the recent concern about the digital influx into the science of Law and essentially aims to: (a) ponder the impacts of the digital process throughout the history of legal thought and (b) dissect the current problems with which the various normative sectors are confronted.

Keywords: (i) digitalisation, (ii) digital technology, (iii) legal science, (iv) culture, and (v) introduction.

I – **Introdução**[**]

1. Conspecto geral

A elaboração de quaisquer aprofundamentos sobre o tema proposto pressupõe, de resto, numa primeira aproximação, o prévio reconhecimento do que é, hoje, um dado adquirido. O Direito, quando chamado a intervir num determinado caso concreto, deverá, pois, assentar a sua intermediação em bases científicas – o que é dizer, por outras, que o Direito é uma ciência. Trata-se de um dado a reter, mas que não poderemos deixar de confirmar.

A ideia que aflora da constatação anterior permite-nos, muito imediatamente, demarcar fronteiras face a outras manifestações culturais. O Direito deve ser susceptível de realização, através de esquemas mentais que, no seu laconismo, remontam a métodos jurídico-dogmáticos também passíveis de uma apreensão intelectiva. Com efeito, ganha carácter científico na periferia do caso concreto, e as soluções aí comportadas devem, para tanto, ser previsíveis. Mas no que haverá de consistir a previsibilidade de uma solução jurídica? De qualquer forma, a previsibilidade assenta na susceptibilidade de recriação do itinerário jurídico percorrido pelo intérprete-aplicador na determinação da disciplina jurídica ajustada ao caso concreto, sendo, por isso, a valoração e a abstracção medida de diferença. Tanto basta para justificar um ponto de partida.

[**] O Autor agradece ao Senhor Professor Gil Eusébio Cambule pelas contribuições críticas e pela constante disponibilidade.

2. A situação inicial da ciência jurídica

I – Como antecipamos, o Direito – a ciência do Direito (*Jurisprudenz*) – é objectivada na intervenção[1]. Enquanto ciência prática, surgiu por longo tempo vocacionada para os problemas específicos das sociedades pré-industriais.

As inovações disruptivas no plano da técnica, a superação vertiginosa da criação e os esquemas modernos de organização carreiam para o cerne do sistema novos problemas jurídicos sobre os quais ao Direito se impõe intervir[2]. Desde as primeiras manifestações a ciência do Direito elevou-se ao nível das suas especificidades: passa-se de preocupações fenomenológicas à direcções no plano tecnológico. Vamos, em apanhado geral, reconstituir o cenário existente.

II – A humanidade descobre que o vapor move a máquina. No plano económico-social, passa-se de uma estrutura fundiária com cariz vincadamente agrário à industrialização. As reais vantagens do processo determinaram várias intervenções legislativas; o Direito foi um expediente para a dominação do monstro industrial emergente. No rescaldo da primeira revolução industrial, é marcante na Inglaterra (1802) a proliferação das *factory acts*, viradas à protecção dos operários nas unidades fabris. Na França (1810), Napoleão deu tratamento jurídico às minas de carvão. Na Prússia (1831), passou-se a regulamentar a máquina e, com a emergência das vias férreas, passou-se a curar, outro tanto, a responsabilidade civil por acidentes ferroviários[3].

III – A 2.ª Revolução Industrial (1870) abriu à ciência do Direito campos de desenvolvimento especiais. Entram em cena a electricidade, a indústria química dos hidrocarbonetos e a produção em cadeia[4]. A electricidade, por seu

[1] Neste ponto remete-se, entre outros, Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., revista, Verlag C.H. Beck, Munique (2011), pp. XV + 227.

[2] Para a ideia de Sistema em Direito confronte-se Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin (1983), pp. 9 ss, com várias reimpressões posteriores, confronte-se, também, a introdução e tradução portuguesa de António Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pp. 11 ss.

[3] Sobre a geografia da 1.ª Revolução Industrial na ciência do Direito confronte-se Bruno Debaenst, *The Digital Revolution from a Legal Historical Perspective*, Law, AI and Digitalisation, De Lege, Iustus Förlag (2022), pp. 23 ss; Ernest Peter Hennock, *The origins of the welfare state in England and Germany, 1850–1914: Social Policies Compared*, Cambridge University Press (2007), pp. XVII + 381; Martina Eckardt, *Technischer Wandel und Rechtsevolution: Ein Beitrag zur ökonomischen Theorie der Rechtsentwicklung am Beispiel des deutschen Unfallschadensrecht im 19. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tubingen (2001), pp. XIII + 359.

[4] Bruno Debaenst, *The Digital Revolution from a Legal Historical Perspective*, cit., p. 25.

turno, suscitaria sérios problemas de qualificação, conceituação e tratamento jurídico[5].

Vamos antecipar. Na enciclopédia jurídica, novos ramos do Direito surgiram e os tradicionais floresceram. Entra em cena o "*Direito Industrial*", com primeiras aproximações na doutrina belga. Surgem, na temática, três periódicos especializados, quais sejam, a *Revue pratique et juridique des accidents du travail* (1898/1899), a *Revue pratique du droit industriel* (1898/1919), e a *Revue des questions de droit industriel* (1898/1942).

No ensino, mau grado uma aparente hesitação nos limiares, os ramos de Direito catalisados pela inovação técnica já apareceriam dotados de uma autonomia pedagógica que permitiu a sua integração em cursos de especialização[6]. De facto, frente a uma explosão alucinante de bens de intelecto com carácter inventivo, às escolas de Direito e aos teóricos especializados coube a responsabilidade de promover o seu ensino. As questões industriais, também, estimulariam o desenvolvimento do Direito dos Seguros, do Direito do Trabalho e do Direito da Segurança Social. No limite, a industrialização atingiu os halos estruturais do Direito Comercial retirando-lhe e acrescentando-lhe alguns elementos de estudo.

3. A evolução posterior aos finais do séc. XX

I – No cerne das manifestações tecnológicas do século passado está a eclosão da internet e o surgimento da primeira geração de computadores. A internet abre portas ao mundo: a globalização inicia-se e as informações circulam com maior fluidez, os impactos manifestam-se até mesmo a nível cultural[7]; no processo, muitos não hesitaram em reconhecer a emergência de uma terceira revolução industrial[8].

Na técnica, o impulso pode ser mantido. O poder da computação de circuito integrado tornou menos complexo o seu manuseio; o *software* e o *hardware* tornaram os computadores mais versáteis; a banda larga projectou significativamente a indústria das telecomunicações e entrou em cena a *World Wide Web*[9].

[5] Confronte-se, *v.g.*, o acórdão do Reichsgericht (RG) de 01/05/1899 – Rep. 739/99 StGB §§ 242, 263, 303.

[6] Bruno Debaenst/Jérôme de Brouwer, *Naissance et développement de l'enseignement universitaire du droit social en Belgique*, Tijdschrift voor Sociaal Recht – TSR (2017), pp. 19 ss.

[7] Retomamos este ponto *infra* n.º 5.

[8] Martin Jänicke/Klaus Jacob, *Die dritte industrielle Revolution*, Internationale Politik, n.º 10, Oktober (2008), pp. 32 – 40.

[9] Bradford L. Smith, *The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet*, Science and Technology Law Review, III, Columbia (2019), pp. 3 ss.

II – Nas décadas de 1970 e 1980, o computador pessoal (PC) ganha um espaço envolvente numa dimensão planetária. Na década de 1990, a internet fortaleceu-se, interconectando uma teia de terminações informacionais em todo o globo. A civilização industrial alcançaria o que só poderia ser idealizado em tempos de industrialização inicial: automação, automatização e o ingresso de computadores onde a intervenção humana é dispensável.

As rápidas mutações vieram ao rubro. Em apanhado geral, o computador passa a tratar das transacções bancárias, declarações de impostos e programas de aprendizagem, além de sintetizar grandes volumes de informação. O computador de bordo do carro sinaliza quaisquer defeitos iminentes, economiza combustível e calcula a distância correcta de condução. Nas habitações residenciais, o aquecimento e a iluminação são controlados automaticamente com a ajuda de sensores complicados e microeconomizadores de energia. A previsão do tempo funciona de forma muito mais confiável porque uma densa rede de pequenos computadores determina valores confiáveis via satélite. As intervenções médicas conhecem uma sofisticação sem precedentes: o computador substituiu e simplificou em todos os domínios[10].

Enfim, encontramo-nos num mundo de terminais informacionais. Toda a informação que pode ser processada ou armazenada é, em geral, omnipresente.

III – Na ciência do Direito, para além de alguns impactos reflexos nas áreas de sobreposição, a evolução constatada não seria de ordem a abalar as estruturas jurídicas existentes. Por certo, as verdadeiras mudanças constatar-se-iam num momento subsequente.

Com efeito, os profissionais da área rapidamente conquistaram o território desconhecido. Entretanto, no cruzamento, se podem constatar paulatinos avanços. Já na década de 1960, Jan Hellner e Peter Seipel professores titulares na *Stockholms universitet*, interessar-se-iam pelas, até então, prováveis implicações legais dos computadores[11].

[10] Dieter Balkhausen, *Mikroelektronik – die dritte industrielle Revolution*, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), n.º 7 (1980), bpb.de.

[11] Jan Hellner e Peter Seipel fundaram em 1968 o *Arbetsgrupp för ADB*, que se transformou em 1981 no actual *Institutet för Rättsinformatik*. Neste sentido, confronte-se Agneta Lundgren, *Kapitel i Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år samt Svenska föreingen för ADB och Juridik 25 år 2006*. Em 1977, Peter Seipel apresentou a sua tese de doutoramento sob o tema "*Computing law: perspectives on a new legal discipline*", estabelecendo os halos estruturais do "Direito da informática" na enciclopédia jurídica. Note-se, contudo, que em termos linguisticamente correctos a expressão haveria de ser "Direito da computação", mas a informática deriva do neologismo francês *informatique*, o qual resulta da aglutinação de *information* e *automatique*. Significa o tratamento automático ou automatizado de informação. É sinónimo de computação, termo mais próximo do inglês *computing* ou *computer sciences*. Em alemão

Na periferia jurídica, os intérpretes são assaltados a cada dia por novas questões, perante a inadequação das leis, que só lentamente se adaptam. Com a informatização da sociedade e da economia, entram em voga os contratos relativos aos programas de computador (*software*)[12], o que propiciou problemas de fundo quanto à sua qualificação jurídica, mormente no tocante ao problema da natureza jurídica do *software* para efeitos de tutela, e à necessidade, particularmente sentida neste domínio, de atender a imperativos de interesse geral postulados, nomeadamente, pela protecção dos consumidores e pela defesa da livre concorrência[13]. Da exploração económica dos programas de computador vamos encontrar a figura do contrato de licença ou, mais latamente, os contratos de utilização de *software* – produção, distribuição, e utilização final[14]. Em paralelo, a aquisição de um sistema informático é, normalmente, precedida

utiliza-se a terminologia EDV-Recht (*Elektronishen Datenverarbeitung Recht*), *Computerrecht* ou, sobretudo, IT-Recht (*Informationstechnologierecht*). Não obstante, a linguagem não pode criar confusão "Direito da Informática" é a colocação mais densificada, embora, não raras vezes, se utilize também a denominação "Direito das Tecnologias da Informação" ou "Direito da Sociedade da Informação" trata-se, ao fim, tudo mesma realidade. Sobre a acepção linguística, confronte-se a introdução de Alexandre Dias Pereira ao I Volume da *Colecção de Estudos sobre o Direito da Informática* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[12] Para uma análise, cite-se a percursora jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (BGH), assim, v., entre outros, BGH, 04/11/1987 – VIII ZR 314/86; BGH, 15/05/1990 – X ZR 128/88; BGH, 03/11/1992 – X ZR 83/90; BGH, 9/10/2001 – X ZR 58/00; BGH, 20/02/2001 – X ZR 9/9; BGH, 15/11/2006 – XII ZR 120/04; BGH, 4/03/1997 – X ZR 141/95; BGH, 14/07/1993 – VIII ZR 147/92; BGH, 14/07/ 1984 – VIII ZR 83/83; BGH, 02/05/1985 – I ZB 8/84; BGH, 03/03/1956 – IV ZR 301/55; BGH, 03/06/1981 – VIII ZR 153/80; BGH, 23/02/1977 – VIII ZR 312/75; BGH, 23/03/1983 – VIII ZR 335/81; BGH, 05/10/1981 – VIII ZR 259/80; BGH, 06/06/1984 – VIII ZR 83/83; BGH, 20/06/1984 – VIII ZR 131/83; BGH, 04/06/1981 – VIII ZR 153/80; BGH, 25/03/1987 – VIII ZR 43/86. Confronte-se, também, na Suíça o acórdão do *Bundesgericht* (BGE) … BGE, 124 III 456, pp. 459 ss.

[13] Para o problema da natureza jurídica do *software* remetemos: Fabian Schuster/Malte Grützmacher, *IT-Recht Kommentar: EU-Recht. Nationales Recht Besondere Vertragsbedingungen*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2020), pp. VII + 2090; Hans-Werner Moritz/Barbara Tybusseck, *Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2.ª ed., C.H. Beck Verlag, München (1992); Jochen Schneider/Friedrich Graf von Westphalen, *Software-Erstellungsverträge*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, München (2014), pp. V + 1471; Jochen Schneider, *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, 5.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2017), pp. V + 3259; Michael Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (1993); Michael Lehmann, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, em Beier/Götting/Lehmann/Moufang, Urhebervertragsrecht, Fs Schricker, München (1995), pp. 543 ss.

[14] Sobre os contratos de utilização de *software* v., Frank Koch/Peter Schnupp, *Software-Recht*, Vol. I, Springer-Verlag, München (1992), pp. V + 347; Jochen Schneider, *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, cit., pp. 353 ss.

de um diagnóstico, de um estudo prévio das necessidades do comprador, surgindo daí os contratos de consultoria informática que acompanham, de resto, o intenso regime legal dos contratos de prestação de serviços[15].

No cerne do sistema, para além de manifestações através de novas disciplinas, as tecnologias informáticas justificaram estudos especializados que rapidamente conduziram à sua autonomia dogmática. Na sequência, novos periódicos foram fundados, neste sentido, cite-se, *v.g.*, a "*Computer Law & Security Review*"[16] em 1985 e "*Information & Communication Technology Law*"[17] em 1992. Nas escolas de Direito, a resposta também seria positiva, *v.g.*, os cursos de "*Rättsinformatik*" em Estocolmo e "*Information och rätt – im-materialrätt, yttranderätt och Internet*" em Uppsala[18].

IV – O Direito da internet também floresceu dentro das suas estruturas dogmáticas. É, hoje, objecto de estudos individualizados, assistidos por uma densa bibliografia especializada[19]. Na ciência jurídica, influenciou novas áreas normativas, surgindo os contratos celebrados através da internet, e vários novos domínios do saber.

De facto, a internet revolucionou as relações pessoais e as transacções económicas. Apagou fronteiras e construiu novas formas de produzir e utilizar o conhecimento. Ampliou as possibilidades de intervenção directa das pessoas na esfera pública ou privada. Os seus limites são dificilmente tangíveis e os antecedentes técnicos muitas vezes permanecem ocultos do usuário.

II – A Digitalização. Dogmática geral

4. Flutuações linguísticas. Breves notas

I – A digitalização é um fenómeno tecnológico. Numa primeira aproximação, e em traços largos, traduz o progresso tecnológico na era digital.

[15] Sobre a natureza jurídica dos contratos de consultoria informática v., Jochen Schneider, *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, cit., pp. 353 ss.

[16] A Revista pode ser confrontada no sítio *https://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review/about/aims-and-scope*.

[17] Confronte-se, também, em *https://www.tandfonline.com/loi/cict20*.

[18] Bruno Debaenst, *The Digital Revolution from a Legal Historical Perspective*, cit., p. 25.

[19] Fabrizio Corona/Michele Iaseli, *Manuale di Diritto di Internet*, EPC Editore, Roma (2021); Giusella Finocchiaro, *Manuale di Diritto di Internet*, 3.ª ed., Bologna (2020); *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Internet* dirigida por G'useppe Cassamo e publicada na Pacini Giuridica acessível em *https://dirittodiinternet.it*.

A linguagem vaga que lhe está comummente associada dificulta a análise. As suas projecções podem ser facilmente confrontadas na mais diversa literatura jurídica[20].

A imprecisão conceptual da digitalização que aqui se constata deve-se, em última análise, ao facto de, por um lado, a digitalização se referir, obviamente, a um desenvolvimento tecnológico, mas também de, por outro lado, resultar de uma dimensão cultural de significado menos acessível[21]. De facto, a digitalização do Direito não ocorre no vazio. Está integrada nas grandes manifestações técnicas e culturais. A tecnologia e a cultura fundam-se, quase sempre, numa zona de confluência mútua[22].

Para além das motivações de fundo, em si, ultrapassáveis, a digitalização pode ser, facilmente, compreendida a partir do seu objecto imediato: o "digital". Daí podemos, tecnicamente, apresentar o digital como o contraponto do "analógico", enquanto, culturalmente, pode ser feita ainda uma distinção entre digital, escrito e oral; e, em última análise, a relação entre digital e real entra em cena.

II – Como foi dito, a digitalização é uma manifestação técnica compreendida pelo objecto que, sendo imediatamente visado, traduz um processo. Esta dimensão técnica do digital aflora do seu étimo latino: digital procede de *digitus* (dedo), que descrevia uma relação física com os dedos humanos. *Digitus* foi adoptado como um termo aritmético em inglês e referia-se a "*(e)che symple nombre byneth ten*"[23], ou seja, os números de um a nove. Em contraste com outras línguas europeias, em que *digitus* (ou o plural digiti) era (e permaneceu) um termo matemático parte do latim erudito, o inglês cunhou o empréstimo "digit" a partir do séc. XV, por apocopação. Legitimamente, porque os dedos

[20] Vejam-se, entre outros, Ingo Richter, *Die Digitalisierung des Alltags*, em Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin (2011), pp. 1041 ss. De resto, Jonathan Bowen/Tula Giannini, *Digitalism: The New Realism?*, em prose/Bowen/McDaid (Hrsg.): Electronic Visualisation and the Arts (EVA 2014), London (2014), pp. 324 ss.

[21] Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, em Fehling/Rönnau/Schmidt, 1.ª ed., Vol. II, Bucerius Law School Press, Hamburg (2017), pp. 3 ss.

[22] Volker Boehme-Nessler, *Unscharfes Recht: Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, Duncker & Humblot, Vol. LXXXIX, Berlin (2008), p. 35.

[23] Simone Loleit, *The Mere Digital Process of Turning over Leaves. Zur Wort-Und Begriffsgeschichte Von Digital*, em Schröter/Böhnke (Hrsg.): Analog/Digital – Opposition oder Kontinuum?, Bielefeld (2004), pp. 196 ss.

já eram usados para contar na Roma antiga, e, nessa medida, *digitus* também significava "número"[24].

Digital descreve, assim, uma certa forma de representação de dados sob a forma de algarismos (dígitos), através da qual os dados representados podem ser processados por computadores. A partir dessas aproximações, a contraposição entre digital e analógico já pode ser descoberta[25].

Por seu turno, ainda que por mera antecipação, a digitalização traduz a representação da informação pelos algarismos «0» e «1». Por conseguinte, toda a informação torna-se compatível com o computador, ou seja, pode ser exibida em computadores, processada e disseminada em redes de computadores[26]. Daí resultam, desde logo, duas consequências de longo alcance:

i. Não só os textos, mas também os conteúdos de áudio e de vídeo (de imagens a filmes) podem ser digitalizados. A digitalização permite, assim, uma multimedialidade de transmissão de informação até então inatingível;
ii. A informação digitalizada pode ser facilmente transferida, pelo que, estando cada vez mais computadores conectados à internet global, o conteúdo digitalizado fica disponível em todo o mundo.

4.1. Digital e Analógico. Pano de fundo

I – Principiemos pela contraposição entre o digital e o analógico. A fórmula digital envolve, em geral, os halos estruturais da ciência da computação como ciência associada. O fosso com o analógico, seu reverso, remonta às manifestações primeiras da tecnologia de medição.

Na tecnologia de medição, diz-se digital um sinal susceptível apenas de assumir certos valores em determinadas unidades de tempo. É, por conseguinte, discreto em valor e tempo. Um sinal analógico, por outro lado, é susceptível de assumir qualquer valor numa determinada escala. Em contraste com o sinal analógico, o sinal digital possui unidades e grandezas contáveis[27].

[24] Para mais significados confronte-se Johann Leonhard Frisch, *Teutsch-Lateinisches Wörter-Buch*, Vol. II, Verlegts Christoph Gottlieb Nicolai, Berlin (1741), p. 268.
[25] Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, cit., p. 4 ss.
[26] Eric Hilgendorf, *Oralität, Literalität – Digitalität? Einige vorläufiger Beobachtungen zur Bedeutung der Digitalisierung für das Recht aus Anlass der Verabschiedung des E-Government-Gesetzes 2013*, em Czeguhn (Hrsg.): Recht im Wandel – Wandel des Rechts. Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag, Köln [u.a.] (2014), pp. 748 – 763.
[27] Fotis Jannidis, *Zahlen und Zeichen*, em Jannidis/Kohle/Rehbein, Digital Humanities: Eine Einführung, J.B. Metzler Verlag (2017), pp. 59 ss.

A linha radical de fractura entre o analógico e o digital ingressa no senso comum através do armazenamento digital da música e do triunfo associado de novas gravações sonoras e formatos fonográficos[28].

II – O sulco de um disco de vinil é, em última análise, uma imagem física da pressão sonora e é – até aos limites do material – infinitamente variável. É esse carácter representacional contínuo que compõe o análogo. O CD, por outro lado, contém apenas uma abstracção física da pressão sonora, ou seja, a presença ou ausência de um relevo. Em contraste com um sinal analógico, o sinal digital é composto por elevações e depressões (pits e lands), isto é, de «0» e «1», estruturando-se, assim, através de múltiplos patamares discretos[29].

III – Resta acrescentar que, quando falamos em "digital", referimo-nos às informações ou dados passíveis de segmentação em valores mensuráveis num dado momento. A digitalização, no sentido muito técnico, é, portanto, a conversão do analógico para o digital, do gradual para o graduado. Não obstante, o termo é, de igual modo, regularmente entendido num sentido mais amplo, reportando-se à dispersão de informações digitais passíveis de tratamento e processamento por máquinas[30].

O que aqui se mostra relevante não é qual máquina processa a informação, e muito menos, onde esta é armazenada, mas tão-somente a disponibilidade dessa informação em fases e a faculdade do seu processamento uniforme.

De resto, a digitalização aparece, não raras vezes, associada à internet; todavia, tal deve-se, em última análise, ao facto de ser aquela o itinerário mais comum da sua circulação[31].

5. Manifestações tecnológico-culturais

I – Pela sua própria natureza, a digitalização é um fenómeno cultural para além de exteriorizações personalizadas no campo da técnica. Enquanto manifestação tecnológica, a digitalização torna toda a informação facilmente repre-

[28] Jens Schröter, *Analog/digital: Opposition oder Kontinuum?*, em Schröter/Böhnke (Hrsg.), Analog/Digital – Opposition oder Kontinuum?, Bielefeld (2004), pp. 7 ss.
[29] Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, cit., p. 4 ss.
[30] Ramón Reichert, *Theorien digitaler Medien*, em Jannidis/Kohle/Rehbein (Hrsg.), Digital Humanities: Eine Einführung, J.B. Metzler Verlag, Stuttgart (2017), pp. 19 ss.
[31] Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, cit., p. 4 ss.

sentada em termos numéricos, armazenada e processada electronicamente. O que associado às tendências globalizantes da sociedade do conhecimento e da informação através da ligação dos computadores em rede, torna potencialmente possível uma interconexão global de tais informações sem grandes problemas de fundo.

II – A digitalização torna toda a informação plurilocalizável e modela – se não domina – o mundo (pós) moderno. Ela molda o comportamento, o pensamento e psique das pessoas através de influxos culturais projectados nas manifestações locais. Vive-se, hoje, numa sociedade em rede; e a interconectividade leva à desmaterialização e à desterritorialização dos processos sociais, além de uma extensão objectiva da reflexividade do processo societal. No limite, a digitalização ditará uma mudança nas relações humanas, cujas consequências são ainda dificilmente ponderadas[32]. Enfim, a digitalização é um fenómeno generalizado, cujos limites ainda não são previsíveis.

Fica-nos, ainda, um ponto: o aumento dos fluxos comunicacionais entre os vários pontos do globo cobre uma vasta rede de defluxões informacionais com enormes implicações culturais. Desde logo, porque a extensão planetária dos meios de acessibilidade e comunicação (sejam pessoais, institucionais e sociais) e a massificação de meios informáticos viabilizam redes de informação imediata e universalmente disponíveis[33].

III – O núcleo culturalmente eficaz da digitalização reside, portanto, na ubiquidade, na multimedialidade, na virtualidade e no funcionamento em rede. Estas são especificidades da digitalização que agitam as estruturas culturais[34].

O conteúdo digitalizado é potencialmente ubíquo ou omnipresente: pode ser criado em qualquer lugar, movido para qualquer lugar e acessado em qualquer lugar. Como resultado, as fronteiras – pelo menos potencialmente – esbatem-se perante a imaterialidade do conteúdo digitalizado. A digitalização ultrapassa, deste modo, as fronteiras sociais e psicológicas.

[32] Volker Boehme-Nessler, *Unscharfes Recht: Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, cit., pp. 101 ss.

[33] Sobre o impacto da globalização na cultura remetemos: John Tomlinson, *Globalization and culture*, Cambridge, Polity Press, Cambridge (1999), pp. VIII + 238.

[34] Volker Boehme-Nessler, *Unscharfes Recht: Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, cit., pp. 101 ss.

III – Digitalização e Direito

6. A digitalização no Direito

I – O Direito é uma manifestação cultural historicamente legitimada. Este é o ponto de partida a partir do qual a digitalização no Direito pode ser adensada mais detalhadamente. A tónica não será, pois, colocada nos pormenores tecnológicos, mas nas propriedades culturalmente eficazes da tecnologia digital.

Na sequência, importa delimitar. A digitalização no Direito reporta-se aos impactos do processo digital[35] na ciência jurídica. Trata-se da digitalização como objecto de legislação, jurisdição e aplicação da lei, isto é, o Direito a regular a tecnologia. Por outro lado, a linguagem permite dissociar, ainda, o fenómeno da digitalização do Direito, no decurso do qual a legislação, a jurisprudência e a aplicação do Direito são elas próprias objecto de desenvolvimento digital, ou seja, a digitalização a moldar a práxis jurídica e judiciária [36]. Em suma, é uma matéria que pelas suas particularidades técnicas interessa à ciência da computação, como na sobreposição, ao Direito da informática.

II – Os influxos da digitalização no Direito concretizam-se pelas tecnologias respeitantes ao próprio processo digital, mas também se operam através da internet. Por conseguinte, trata-se de fundar um saber jurisprudencial sobre a tecnologia, e não um pensamento tecnológico sobre a norma legal[37].

As tecnologias digitais e as manifestações que a elas se podem associar configuram o objecto imediato do Direito digital. Não se trata, propriamente, de uma aprendizagem do processo técnico, em si mesmo, mas antes de centrar o seu estudo em informações digitalizadas. Neste sentido, o Direito digital traduz uma nova abordagem multidisciplinar dos vários ramos do Direito, especificamente objectivada na regulação das relações jurídicas virtuais estabelecidas com recurso à utilização de tecnologia, abrangendo quer o ciberdireito, quer outros ramos do Direito cuja aplicação no ambiente digital é necessariamente imediata[38].

[35] Sobre o processo v., Utz Schliesky, *Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens*, em Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Vol. IV, C.F. Müller Verlag (2022), § 113, Rn. 2.

[36] Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, cit., p. 13 ss.

[37] Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço*, em Revista da FDUL, Vol. LVIII (2022) 1e 2, pp. 297-340, 305 ss.

[38] José Gaspar Schwalbach, *Direito Digital*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2021), p. 36, citado por Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço*, cit., p. 310, nota 53. Confronte-se, também, Eduardo Valpuesta Gastaminza, *Una Aproximación al Concepto y caracterización del Derecho Digital y su normativa*, em AA.

Porém, é possível ir mais longe.

III – O Direito digital não se pretende, por si só, um sector normativo sedimentado em termos autónomos[39]. As matérias em que se funda a sua intervenção surgem na enciclopédia jurídica absorvidas por outros ramos de Direito que lhe destinarão um tratamento especializado, *v.g.*, a recolha e o tratamento de dados pessoais digitalizados é, hoje, objecto do Direito da Protecção de Dados. Enfim, é incapaz de suportar coordenadas dogmáticas que justificariam a sua autonomização.

De outro modo, o Direito digital não carreia princípios jurídicos gerais articulados entre si por nexos intrassistemáticos. A dispersão formal do conteúdo das proposições jurídicas que o integram é insusceptível de uma coerente delimitação e ordenação sistemática.

IV – À luz destas considerações, fica claro que o Direito digital não pode, pois, ser discernido enquanto um ramo do Direito. Numa abordagem substancial, trata-se de uma teorização pluridisciplinar que arrasta, para a sua órbita, a totalidade das interferências das tecnologias digitais na ciência jurídica, desacompanhadas de um tratamento individualizado que é, hoje, fornecido pela diversidade de outros tantos subsistemas normativos autónomos.

7. Manifestações concretas na ciência do Direito

7.1. A digitalização no Direito público

I – Os influxos culturais das tecnologias digitais ou, mais latamente, da digitalização irradiam em múltiplas vertentes os grandes avanços com impacto

VV. Tratado de Derecho Digital, coord. Eduardo Valpuesta Gastaminza e Juan Carlos Hernández Peña, Wolters Kluver (2021), pp. 49-66.

[39] Contra a nossa rúbrica confronte-se Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço*, cit., pp. 310, 311, 312 (…) para que um ramo de direito surja com autonomia didáctica, pedagógica, científica deve ter um objecto próprio; sujeitos específicos; resultados concretos separados dos demais ramos de Direito, e um corpo legislativo, jurisprudencial e doutrinário exclusivo, atendendo às temáticas tratadas. Ora o Direito Digital obedece a este conjunto de exigências mínimas: o objecto são os dados digitalizados; os sujeitos são os operadores da sociedade digital; os meios ou instrumentos de transmissão de dados, que permitem os resultados pretendidos com a digitalização, são as tecnologias disruptivas (técnicas de computação na nuvem jurimetria, justiça preditiva, redes *blockchain*, o ambiente digital – ciberespaço). Na mesma linha confronte-se, de resto, Eduardo Valpuesta Gastaminza, *Una Aproximación al Concepto y caracterización del Derecho Digital y su normativa*, cit., pp. 49 ss.

tão marcante nos diversos sectores da vida. Na ciência do Direito, as transformações fazem-se sentir em todos os subsistemas normativos; e no cruzamento, a ordem jurídica e os tradicionais ramos do Direito têm de se reestruturar e se adaptar a este novo paradigma das sociedades em rede e em permanente evolução técnica.

No campo especial do Direito público, principiemos pelo Direito constitucional. Mau grado o aparente estaticismo do constitucionalismo moderno, a evolução subsequente ditaria a crise dos halos estruturais do Estado constitucional[40].

A Constituição é inerente às organizações humanas e, em geral, as pessoas individualmente concebidas num determinado Estado. Nesta base, as exigências tendenciais das sociedades em rede, largamente inflectidas pela aceleração, pela instantaneidade e pela conectividade, fundamentam grandes mutações em vários pilares do constitucionalismo[41]. Isoladamente tomada, a constituição é, muitas vezes, incapaz de acompanhar o ritmo acelerado com que os problemas ditados pelas tecnologias digitais remontam à pauta do dia.

A inadequação temática da digitalização às tradicionais funções da constituição evidenciaria, assim, uma crise. No terreno, todavia, não haverá quaisquer dificuldades, os problemas da digitalização são, em si mesmos, superáveis.

II – Regressando, com estes elementos, ao Direito constitucional, e particularmente no tocante aos direitos, a digitalização implica, mais vastamente, uma configuração *ex novo* dos direitos (pessoais) relacionados com a autonomia, mormente a autodeterminação informacional[42] e a privacidade[43]. De outro modo, a evolução apela à consagração constitucional de novos direitos digitais, *v.g.*, o direito de acesso à internet independentemente da condição económica; o direito à formação digital; o direito à neutralidade da rede; o direito de acesso *online* a dados, inovações, criações e conhecimento gerados por fundos públi-

[40] Para um panorama geral remete-se Ingolf Pernice, *Staat und Verfassung in der Digitalen Konstellation: Ausgewählte Schriften zum Wandel von Politik, Staat und Verfassung durch das Internet*, Mohr Siebeck, Tübingen (2020), pp. V + 241.

[41] Em Paula Veiga, *Digitalização e Estado constitucional*, BFD 96/2 (2020), 1127-1139, 1129 ss; são analisados, sucessivamente, o pilar dos direitos, no pilar institucional e no pilar da legitimidade. De resto, aí, remetemos.

[42] O direito a autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) é uma construção judicial alemã adensada pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Confronte-se, para tudo, o maciço BVerfG, 15/12/1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83.

[43] Sobre as bases do direito à privacidade no ambiente digital v., Samuel D. Warren/Louis D. Brandeis, *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, N.º 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

cos; o direito a obter reparação efectiva perante danos causados por condutas ilícitas na rede e o direito ao esquecimento[44].

III – Ainda no Direito público, a digitalização espraia-se até aos confins do Direito penal através da definição de novos tipos incriminadores consentâneos, em si mesmos, com a emergência de novos bens jurídicos penais tutelados pelo Direito na sociedade de rede.

De facto, a actuação das pessoas no ambiente digital, muitas vezes às ocultas, propicia actividades contrárias aos direitos e liberdades fundamentais dos seus utilizadores. Nessa medida, criam-se novos espaços virtuais para actividades criminosas, *v.g.*, os cibercrimes[45] intensificam-se.

Todavia, as tecnologias digitais não podem, neste campo, ser divorciadas das reais vantagens que podem trazer. Substancialmente, servem na aplicação da lei, *v.g.*, na vigilância das redes. De outro modo, prestam-se infalíveis na prevenção da criminalidade, *v.g.*, inteligência artificial na videovigilância, ao policiamento preditivo ou a serviços de prevenção baseados na internet. Na mesma medida, as tecnologias digitais irradiam a investigação criminal através da modelação complexa do comportamento, abrindo inúmeras possibilidades com novos métodos de investigação[46].

IV – Ainda no âmbito do Direito público, a digitalização tem maior interesse no Direito administrativo, por vezes, também, com manifestações significativas em sectores especializados. Dado o significado que envolve no domínio da gestão dos serviços públicos, as tecnologias digitais insufladas pelas suas vantagens expressivas ditariam a informatização e digitalização da Administração Pública.

[44] Paula Veiga, *Digitalização e Estado constitucional*, cit., pp. 129 ss. Distinguindo-se, aí, os direitos de acesso à internet e os direitos exercidos na internet.

[45] Confronte-se Edith Huber *et all*, *Wie Smart Home Geräte zur Eintrittsfalle für Kriminelle werden können*, em Bliesener/Deyerling/Dreißigacker/Henningsmeier/Neumann/Schemmel, Treskow (Hrsg.), Kriminalität und Kriminologie im Zeitalter der Digitalisierung, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach (2023), pp. 132, nota n.º 3. É feita uma distinção geral entre: a) cibercrime no sentido estrito (cibercrime central, crime ciberdependente ou crimes informáticos reais), esta definição inclui todos os crimes que não existem em qualquer variante *offline*. Inclui, de resto, a violação da confidencialidade, integridade e disponibilidade de redes, bem como de dispositivos, dados e serviços nessas redes, *v.g. hacking*, vandalismo cibernético, propagação de vírus, etc; b) crime cibernético no sentido amplo (crime cibernético não específico, crime cibernético ou crimes informáticos espúrios), os crimes que se enquadram nesta categoria, também, podem existir *offline*. Isso inclui, entre outras, crimes como: uso indevido de cartão de crédito, roubo de informações, lavagem de dinheiro, violações de direitos autorais, perseguição cibernética, bem como uso, distribuição e fornecimento de conteúdo pornográfico infantil.

[46] Thomas Bliesener (Hrsg.), *et all*, *Kriminalität und Kriminologie im Zeitalter der Digitalisierung*, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach (2023), pp. V + 701, V.

Fala-se, neste tocante, do governo electrónico ou, mais latamente, da Administração Pública em linha. De qualquer forma, não se pense, porém, que o uso das modernas tecnologias da informação e da comunicação para a realização de tarefas administrativas seja um fenómeno novo. Os influxos da digitalização na Administração pública já seriam conhecidos, ainda que, em menor grau, desde o último quartel do século passado[47].

Ponderaremos o tema nas linhas seguintes.

7.2. O governo electrónico (*E-Government*). Aspectos gerais

I – Na posse de dados básicos sobre o tema prefigurado, ensaiemos, agora, uma caracterização do governo electrónico. Desde logo, a noção, em si, é melindrosa e tão-pouco se presta a uniformidade[48].

As primeiras aproximações remontam à clássica definição da escola de Speyer:

> "*O governo electrónico é o tratamento da actividade administrativa em conexão com governança e administração com a ajuda de tecnologias de informação e comunicação através de meios electrónicos*"[49].

A noção enunciada foi, depois, adoptada pelo legislador alemão na *Gesetz zur elektronischen Verwaltung für Schleswig-Holstein* (E-Government-Gesetz – EgovG) de 2009:

[47] Para tudo, confronte-se, Hans Peter Bull, *Verwaltung durch Maschinen. Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, 2.ª ed., Köln/Berlin (1964). Com várias indicações. Confronte-se, também, Wolfgang Denkhaus/Benedikt Falkhofen, *E-Government, Open und Smart Government und Digitalisierung: Begriffe, Probleme und Chancen*, em Margrit Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung Vernetztes E-Government, 3.ª ed., Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlim, (2024), pp. 56 ss.

[48] Marianne Kneuer, *E-Government im internationalen Vergleich*, em Hofmann/ Kersting/ Ritzi/Schünemann (Hrsg.), Politik in der digitalen Gesellschaft: Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven, Vol. I, Bielefeld: transcript Verlag (2019), pp. 190 ss.

[49] Confronte-se, Jörn von Lucke/Heinrich Reinermann, *Speyerer Definition von E-Government*, Speyer (2000), pp. 1-8, 1 ss. A definição foi, depois, bem recebida na massa crítica, entre outros, v., Beatrice Lederer, *Open Data: Informationsöffentlichkeit unter dem Grundgesetz*, em Heckmann (Hrsg), Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Vol. I, Duncker & Humblot, Berlim (2015), pp. 47 ss. Annette Guckelberger, *Entwicklung und aktuelle Leitbilder der Verwaltungsdigitalisierung in Deutschland*, em Kohtamäki/Peuker (Hrsg), Die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, Mohr Siebeck, Tübingen (2023), pp. 5 ss. Wolfgang Denkhaus/Benedikt Falkhofen, *E-Government, Open und Smart Government und Digitalisierung: Begriffe, Probleme und Chancen*, cit., pp. 57 ss.

"*O governo electrónico é o uso de modernas tecnologias de informação e comunicação (TI) nas administrações públicas, em conjunto com mudanças organizacionais nos processos de negócios da administração pública, para realizar processos de informação, comunicação e transacções dentro e entre instituições estatais, bem como entre essas instituições e os cidadãos ou empresas*" (§ 2 EGovG Schleswig-Holstein) [50].

II – No ordenamento moçambicano, nos artigos 47 a 53, a Lei das Transacções Electrónicas[51] fixa princípios gerais e regras básicas informadoras do governo electrónico. Todavia, o legislador não lhe reservou, nestes dispositivos, uma noção específica, tal ficou destinado a um tratamento informal nas disposições gerais donde, essencialmente, resulta:

"*O governo electrónico refere-se ao uso de tecnologias de informação e comunicação, principalmente a Internet, pelo governo para providenciar informação e serviços ao cidadão*"[52].

A noção que aqui surge é ampla. Trata-se, portanto, do uso das tecnologias de informação modernas em combinação com certas mudanças organizacionais no sector público, com o objectivo de melhorar a informação, a comunicação e as transacções entre as organizações governamentais, os cidadãos e empresas[53].

Das reais vantagens do governo electrónico afloram, entre outros, da simplificação, aceleração, eficiência, redução de custos, acesso mais fácil, maior disponibilidade e transparência dos serviços públicos. De outro modo, a cooperação entre várias autoridades administrativas torna-se menos complexa.

III – Entre nós, a Administração Pública em linha continua a ser um serviço adicional e não a forma normal de prestar os serviços administrativos. O procedimento administrativo mantém-se, por isso, incólume. Entretanto, com a digitalização crescente de todo o nosso ambiente de vida o uso das tec-

[50] Lei de Governo Electrónico (EGovG), que pode ser confrontada em *https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de*.

[51] Aprovada pela Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro. Veja-se, também, a Estratégia de Governo Electrónico de Moçambique de Julho de 2006 elaborada pela Comissão para a Política de Informática (CPInfo) e a Comissão Interministerial para a Reforma do Sector Público (CIRESP), através das suas unidades técnicas – a Unidade Técnica de Implementação da Política de Informática (UTICT) e a Unidade Técnica da Reforma do Sector Público (UTRESP).

[52] Uma noção similar pode ser confrontada no glossário do Decreto n.º 67/2017, de 1 de Dezembro, que aprova o Regulamento do Quadro de Interoperabilidade de Governo Electrónico.

[53] Eric Hilgendorf, *Oralität, Literalität – Digitalität? Einige vorläufiger Beobachtungen zur Bedeutung der Digitalisierung für das Recht aus Anlass der Verabschiedung des E-Government-Gesetzes 2013*, cit., pp. 754 ss.

nologias digitais na administração torna, também, possível a padronização e a previsibilidade da actuação do Estado.

De resto, os grandes problemas de fundo suscitados pelo governo electrónico prendem-se, essencialmente, com a gramática dos direitos fundamentais, mormente o direito à informação face às assimetrias de acesso e oportunidades (a infoexclusão), para além da protecção e segurança de dados pessoais[54].

As fragilidades sistémicas dos processos de implementação técnica dos "portais do governo", que muitas vezes não cumprem os requisitos mínimos de segurança cibernética *v.g.*, quanto a protecção e a segurança dos dados; são ainda óbices inexoráveis da aceitação da Administração Pública em linha como um serviço padrão.

7.3. A digitalização no Direito privado

A digitalização conhece flutuações mais decisivas no Direito privado. Tomando-a, na sua globalidade, a digitalização justificou reformas nas áreas civis que lhe foram sensíveis. Mas, também, conduziu à vitória dos seus influxos nos sectores especializados, para além de meras projecções na substancialidade dos direitos.

Vamos, por isso, sistematizar as implicações da digitalização nas áreas civis em obediência à própria classificação do Direito civil com a exclusão, natural, das situações reais e das relações jurídico-familiares. Mau grado a digitalização seja, em si, um fenómeno social que se espraia um tanto quanto por todos os sectores da vida, a estaticidade dos Direitos reais[55] torna-os, em larga medida, impermeáveis às manifestações do processo digital. Por outro lado, a digitalização ganha relevância nas questões familiares apenas sob o enfoque das metamorfoses dos aspectos comportamentais nas relações nucleares de pais e filhos. De resto, a sua relevância é parca.

De facto, as dimensões mais significativas do processo digital prendem-se com a economicidade dos aspectos da vida, quer seja integrando o próprio

[54] Eric Hilgendorf, *Oralität, Literalität – Digitalität? Einige vorläufiger Beobachtungen zur Bedeutung der Digitalisierung für das Recht aus Anlass der Verabschiedung des E-Government-Gesetzes 2013*, cit., pp. 754 ss. Para desenvolvimentos recentes sobre o tema v., Wonfgang Denkhaus/Eike Richter/Bostelmann, *E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz, Mit E-Government-Gesetzen der Lände und den Bezügen zum Verwaltungsverfahrensrecht. Kommentar*, C. H. Beck, Munique (2019).

[55] A digitalização já teria projecções inexoráveis nos Direitos reais incorpóreos, designadamente, os Direitos da Propriedade Intelectual. Os Direitos reais corpóreos, ou seja, o Direito das coisas (artigos 1302 ss do CC), traduz-se em tradições jurídicas que não têm uma interface digital, o que, de resto, limita a influência da digitalização neste campo.

processo digital as tecnologias com significado económico, quer as mesmas se interconectem a uma enorme teia de projecções macroeconómicas numa verdadeira economia digital.

Enfim, não caberá tudo no escopo destas notas.

Pondere-se o tema.

7.3.1. Manifestações no Direito privado comum

I – Como foi referido, é no Direito privado que a digitalização se projecta com maiores aprofundamentos. No Direito das obrigações, precisamente, nas fontes, explodem novos tipos contratuais, figure-se, *v.g.*, os sempre actuais contratos inteligentes (*Smart Contracts*) [56]. Em paralelo, desenvolve-se, igualmente, um intenso regime jurídico atinente à formação dos contratos com recurso aos meios electrónicos na internet e, de resto, em todos os esquemas legais relativos à contratação electrónica (*v.g.*, os serviços em linha), que alimentando-se das regras gerais do Direito civil, autonomizam-se com especialidades próprias[57].

De modo tendencial, no comércio electrónico (*E-commerce*)[58], encontramos um largo apelo às assinaturas electrónicas[59]. As quais, assumindo um papel crucial no plano da contratação em linha, mas sem se limitar a este domínio, legitimam a valoração das metodologias de autenticação electrónica e digital, também, com projecções significativas no giro comercial.

De outro modo, ainda nas fontes, a estrutura geral da responsabilidade civil, também, absorveu os influxos da digitalização nas relações jurídicas. Mas aqui não se impôs qualquer afastamento dos esquemas civis tradicionais de responsabilidade. Permanecem válidos sem quaisquer especificações. Contudo, verifica-se, tão-somente, uma mutação no circunstancialismo dos seus pressupostos.

Em apanhado geral, e em espacial, em matéria dos contratos, a responsabilidade civil poderá perpassar os prestadores de serviços digitais, os produtores e

[56] Robert Wilkens/Richard Falk, *Smart Contracts: Grundlagen, Anwendungsfelder und rechtliche Aspekte*, Springer Gabler (2019), pp. 1 ss. Nos limiares, confronte-se Nick Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, First Monday, Vol. 2, N.º 9 – 1 (1997).

[57] Frank A. Koch, *Internet-Recht: Praxishandbuch zu Dienstenutzung, Verträgen, Rechtsschutz und Wettbewerb, Haftung, Arbeitsrecht und Datenschutz im Internet, zu Links, Peer-to-Peer-Netzen und Domain-Recht, mit Musterverträgen*, 2.ª ed., Oldenbourg Verlag, Munique (2005), pp. 96 ss.

[58] Hans-Wemer Moritz/ Thomas Dreier, *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2005), pp. VII + 1219.

[59] Sobre as assinaturas electrónicas v., Veit Öhlberger, *Die elektronische Signatur im österreichischen Recht: ein Überblick*, em Schweighorfer/Menzel (Hg.), Aktuelle fragestellungen der Rechtsinformatik, Vol. III (2001), Verlag Österreich, pp. 382 ss.

os fornecedores. Em paralelo, também, os provedores de aplicações por danos decorrentes de conteúdo gerado por utilizadores e os próprios utilizadores em relação a terceiros nos mecanismos técnicos de celebração de contratos nas plataformas digitais.

Cabe, por fim, sublinhar que a utilização da internet, propicia factos ilícitos geradores de responsabilidade, em especial pela difusão de conteúdos ilegais e reproduções indevidamente criadas de obras protegidas por direitos de autor, ganhou uma importância considerável na prática jurídica[60].

II – Ainda no Direito privado comum, o Direito sucessório é – de resto, hoje – assaltado por novas questões. Em traços largos, o problema de fundo com que se debate centra-se, com alguma definitividade, na hereditabilidade dos bens digitais ou, mais vastamente, do património digital[61].

Vamos antecipar. As pessoas interconectam-se com plataformas digitais numa simbiose fulminante. Carregam-se dados a ritmos estarrecedores, a conveniência e a flexibilidade, também, justificaram a realização de transacções financeiras no ambiente digital, o que, consequentemente, propiciou o acúmulo de bens incorpóreos que, na sua substancialidade, são susceptíveis de uma avaliação económica ou que, não o sendo, se ligam à pessoa do seu utilizador com alguma essencialidade. Pense-se, de imediato, nas colecções digitais de música, livros, moedas virtuais (criptomoedas), fundos de jogos, milhas aéreas ou arquivos armazenados em plataformas digitais. E, em geral, todos os direitos sobre sítios da Web, domínios e todas as relações contratuais entre fornecedores e o seus usuários respeitantes à própria utilização da internet.

Nestas condições, com a morte do titular coloca-se o problema do destino a dar a essa massa de bens que compõem o património digital, a par dos activos clássicos e das posições jurídicas adquiridas em vida. De outro modo, discute-

[60] Frank A. Koch, *Internet-Recht: Praxishandbuch zu Dienstenutzung, Verträgen, Rechtsschutz und Wettbewerb, Haftung, Arbeitsrecht und Datenschutz im Internet, zu Links, Peer-to-Peer-Netzen und Domain-Recht, mit Musterverträgen*, cit., pp. 524 ss.

[61] Sobre a problemática v., Stephanie Herzog/Matthias Pruns, *Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, Zerb Verlag (2017), pp. 210 ss; Stephanie Herzog, *Der digitale Nachlass und das Erbrecht: Universalsukzession gilt auch in der digitalen Welt – vorsorgende Rechtspflege stärken*, AnwBl (2018), pp. 472 ss; Christian Solmecke/Thomasköbrich/Robin Schmitt, *Der digitale Nachlass haben Erben einen Auskunftsanspruch? Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen*, MMR (2015), pp. 291 ss; Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, em Haimo Schack (Hg.), Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Vol. XL, V&R unipress, Göttingen (2015), pp. 15 ss. Na jurisprudência, confronte-se BGH, 10/7/2015 – V ZR 206/14; BGH, 10/12/2004 – V ZR 120/04; BGH, 7/6/2005 – XI ZR 311/04; BGH, 5/4/2016 – XI ZR 440/15; BGH, 8/10/2013 – XI ZR 401/12.

-se, ainda, o direito de acesso, por parte dos herdeiros, que lhe sobrevivem aos dados pessoais veiculados através de tais plataformas digitais[62].

III – Subjacente ao problema cite-se o paradigmático acórdão do BGH, de 12 de Outubro de 2018[63]:

> 1 – Em 4 de Janeiro de 2011, uma menor de 14 anos de idade, com o consentimento dos pais, celebrou um contrato de utilização de plataforma digital na rede Facebook e alí manteve uma conta de utilizador ("conta"). Na noite de 3 de Dezembro de 2012, a menor sofreu um acidente ferroviário fatal em circunstâncias pouco claras, quando foi atropelada por uma composição numa estação de ferroviária.
>
> 2 – Debate-se a possibilidade de uma acção de efectivação de responsabilidade civil, contudo tendo-se dúvidas sobre as causas exactas da morte. Diligentemente, os pais tentaram o acesso a conta de utilizador da filha falecida de modo a aferir se houve intenções suicidas evitando, assim, reclamações por danos injustas.
>
> 3 – Os pais tentaram efectuar o início de sessão (*login*) na conta utilizando os respectivos dados de acesso da menor. No entanto, isso não foi bem-sucedido, em virtude de a plataforma ter alterado o estado da conta para o chamado modo (status) memorial depois que um terceiro relatou a morte do utilizador anterior em 9 de Dezembro de 2012. Neste caso, o acesso à conta do usuário não será mais possível, mesmo com as credenciais dados de acesso correctos.
>
> 4 – Postas assim as coisas. Os pais recorrem aos tribunais alemães. Em primeira instância, o *Landgericht Berlin* (Tribunal Regional de Berlim)[64] condenou o Facebook a facultar aos herdeiros ora pais o acesso à conta de utilizador da menor falecida e ao conteúdo de comunicação nela contida. Em resposta da decisão o Facebook interpôs recurso ao que o *Kammergericht Berlin* (Tribunal de Recurso de Berlim)[65] deu provimento, afastando, por isso, a decisão em primeira instância. Para tanto, alegou, essencialmente, que o sigilo das telecomunicações, em particular, impede os pais ora recorridos de aceder a conta da filha falecida no Facebook.
>
> 5 – Pouco satisfeitos, interpuseram, também, recurso sobre a decisão do KG. O BGH numa profunda e criteriosa interpretação das disposições combinadas do *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 1922 ss do BGB), *Telekommunikationsgesetz* (§§ 88 ss da TKG) e *Datenschutz-Grundverordnung* (§§ 6 ss do DSGVO), com auxílio da doutrina mais relevante decidiu: "(...) *se o titular da conta de uma rede social falecer, o*

[62] Stephanie Herzog, *Der digitale Nachlass und das Erbrecht: Universalsukzession gilt auch in der digitalen Welt – vorsorgende Rechtspflege stärken*, cit., p. 472.

[63] BGH, 12/07/2018 – III ZR 183/17, BWNotZ, 6/2018, pp. 122-132. O próprio BGH reiterou a sua jurisprudência em julgados subsequentes, para tudo, confronte-se BGH, 27/08/2020 – III ZB 30/20 e BGH, 9/09/ 2020 – III ZB 30/20.

[64] Ac., LG Berlin, 17/12/2015, Az. 20 O 172/15.

[65] Ac., KG Berlin, 12/05/2017, Az. 21 U 16/09.

contrato de utilização é geralmente transferido para os seus herdeiros, de acordo com o artigo 1922 do BGB. O acesso à conta de utilizador e aos conteúdos de comunicação nela contidos não são contrariados pelos direitos pessoais post mortem do autor da sucessão, pelo sigilo das telecomunicações ou pela lei de protecção de dados".

IV – Neste acórdão, o BGH equacionou o melindre da questão no tocante ao tratamento jurídico da massa patrimonial constituída no ambiente digital. O património digital (*digitaler Nachlasses*), integrando a totalidade dos activos digitais (*digitaler Vermögens*) de uma pessoa falecida, como, de outro modo, a totalidade das relações jurídicas em matéria de sistemas de tecnologia da informação, incluindo todas as bases de dados electrónicas do autor da sucessão. É hereditável.

Com a clareza desejável, o BGH nega qualquer diferenciação entre herança digital e analógica no que diz respeito à sucessão universal no Direito sucessório. A equiparação tem por interesse imediato garantir a segurança jurídica e impedir a criação de uma espécie de um "cemitério de dados" para todos os prestadores de serviços digitais e somente a estes acessíveis.

O tratamento do § 1922 do BGB nunca foi líquido na doutrina. Na literatura jurídica, muito cedo chegou-se à conclusão de que as relações jurídicas patrimoniais, desde que não sejam intimamente ligadas à pessoa do seu titular, são hereditáveis, enquanto as posições as relações jurídicas não patrimoniais geralmente não as são, o que teria forçado demarcações difíceis com base no conteúdo dos dados armazenados digitalmente[66]. Com esta decisão, o BGH rejeitou claramente esta posição[67]. Os direitos pessoais *post-mortem* do autor da sucessão não impedem a hereditabilidade de conteúdos digitais altamente pessoais.

7.3.2. Manifestações no Direito privado especial

I – Nos sectores especializados, principiemos pelo Direito do Trabalho. As relações de trabalho subordinado desenvolvem-se, pelo menos, tradicional-

[66] Wolfgang Litzenburger, *BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich. Anmerkungen*, JZ (2019), acessível em *https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/Urteilsanmerkung*.

[67] Na doutrina alemã confronte-se, entre outros, Roland Rixecker, *Münchener Kommentar – Bürgerliches Gesetzbuch*, em Säcker/ Rixecker/Oetker/Limperg (Hrs), 7.ª ed., C.H. Beck, München (2015), § 12 Anh. Rn. 160; Mario Martini, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, JZ (2012), pp. 1145-1155; Thomas Hoeren, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tod des Inhabers*, NJW (2005), pp. 2113-2117.

mente, nas designadas relações de trabalho típicas (*typischen Beschäftigungsverhältnissen*), e no conceito de empresa tradicional (*traditionelles Unternehmen*)[68].

O fenómeno global da digitalização e consequente emergência de novos modelos económicos, definidos de forma diversa (*sharing economy*, *gigeconomy*, *digital economy*), com tendências a flexibilizar os polos tradicionais da vida empresarial, justificaram importantes transformações no Direito do Trabalho[69].

Essas transformações de fundo manifestam-se com maior acuidade nas novas formas de prestação de trabalho. Neste tocante, entra em cena o trabalho remoto numa separação centenária com trabalho presencial, pense-se, *v.g.*, no teletrabalho[70] (*telework*), no trabalho inteligente (*smart work*), *work on demand via app* e no *crowdwork*.

II – Nesta base, a complexidade do trabalho digital dificilmente se deixa reconduzir às categorias jurídicas tradicionais, justamente porque, em geral, as infra-estruturas digitais (plataformas digitais de trabalho) permitem formas anómalas de flexibilidade e descentralização da produção, culminando, não poucas vezes, na negação da própria relação de trabalho subordinado e na descaracterização da prestação laboral.

Com efeito, perde-se a tipicidade da relação de trabalho e compromete-se a função do contrato de trabalho como instituição de base[71]. As regras que protegem a dignidade, a liberdade e a saúde do trabalhador perdem o seu paradigma de referência ao qual se ligam numa zona de estabilidade, minando também o papel de representação dos organismos sindicais.

Os conceitos de local e de tempo de trabalho surgem esbatidos. A delimitação espacial do local de trabalho é inoperacional ante a omnipresença das TIC's. De resto, o isolamento do tempo de trabalho e de não trabalho torna-se,

[68] Dário Aniceto Chicale, *Das Relações de Trabalho de Facto: Breves reflexões críticas sobre a presunção da relação de trabalho em Moçambique*, em Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), Ano V, N.º 8, IDT (2025), pp. 5-86. Confronte-se, também, Dário Aniceto Chicale, *Introdução Geral ao Teletrabalho em Moçambique*, O Direito, 156.º, III, CIDP (2024), pp. 619-668.

[69] Andrea Allamprese/Madia D'onghia, *Materiali didattici su diritto del lavoro e digitalizzazione*, Giappichelli (2023), pp. XV, 1, 4 ss; Valentina Cagnin, *Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione*, Ricerche giuridiche, Vol. 8 (2) (2019), pp. 47-62. De resto, Wolfgang Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht* (2020), SR, pp. 1-80.

[70] Sobre o teletrabalho confronte-se Dário Aniceto Chicale, *Introdução Geral ao Teletrabalho em Moçambique*, cit., pp. 619-668.

[71] Sobre a fonte negocial das relações laborais (*Vertragstheorie*), remete-se Dário Aniceto Chicale, *Das Relações de Trabalho de Facto: Breves reflexões críticas sobre a presunção da relação de trabalho em Moçambique*, cit., pp. 7, nota n.º 3; citando Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, Vol. I, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen (1961), p. 175.

cada vez mais, impossível dada constante disponibilidade telemática do trabalhador. Em paralelo, acentua-se uma estreita correlação entre a implementação de ferramentas de trabalho digitais e o fortalecimento do poder de direcção e de fiscalização do empregador através de sistemas de controlo remoto, originando, assim, complexos problemas no tocante ao tratamento de dados pessoais face às informações colhidas nesse ecossistema e a protecção da esfera extralaboral dos trabalhadores, mormente à privacidade.

III – De outro modo, os próprios conceitos de empresa e de empregador carecem de melhores ponderações, os tradicionais já são inadequados. Mais difícil, porém, é a própria distinção entre o trabalho independente e o trabalho subordinado. A outrora inquestionável suficiência do critério da subordinação jurídica parece ceder frente ao maior grau de autonomia dos trabalhadores diante dos seus empregadores, muitas vezes, até desconhecidos no ambiente digital.

Enfim, o Direito do Trabalho é a zona do panorama jurídico que capitalizou as maiores influências da digitalização no Direito privado.

IV – Na esfera do Direito bancário e financeiro, a transformação digital opera-se – de resto, hoje – através da inexorável "tecnologia financeira" tradução literal da expressão inglesa *financial technology* ou – como da sua contracção – FinTech[72].

A FinTech domina o sector financeiro. Estrutura-se à volta da banca, bolsa e dos seguros absorvendo as transformações operadas na realidade social regulada. Abrange a totalidade dos serviços financeiros digitais *v.g.*, pagamentos, empréstimos e investimentos. Contudo, é facilmente localizável entre as transferências de dinheiro (*TransferWise*) e pagamentos móveis (*Square*)[73].

O Direito da FinTech compreende, assim, as inovações tecnologicamente suportadas, com um efeito material no mercado financeiro, na prestação de serviços financeiros e na esfera dos sujeitos dos mercados financeiros[74].

De outro modo, o Direito da FinTech, também, corresponde ao Direito que regula especificamente os aspectos institucionais, materiais e regulatórios da actividade financeira tecnológica. Não se trata de um novo ramo jurídico,

[72] Pranay Gupta/T. Mandy Tham, *Fintech: The New DNA of Financial Services*, De Gruyter Press, Boston (2019), pp. 3 ss; Susanne Chishti/Janos Barberis, *The Fintech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries*, Wiley, Chichester (2016), pp. VIII + 291.

[73] Susanne Chishti/Janos Barberis, *The Fintech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries*, cit., pp. X + 6 ss.

[74] A definição nos é dada pelo *Financial Stability Board*.

mas antes de um movimento que pretende adaptar o Direito financeiro aos serviços digitais[75].

Enfim, trata-se uma vasta teia de derivações tecnológicas com interconexões para todo o sistema financeiro, cujo âmbito de abrangência e acuidade especial escapariam a uma mera análise abstracta. Reserva-se o tema aos teóricos especializados.

7.3.3. Manifestações no Direito geral da personalidade

I – Por fim, dispensando-se a multiplicidade de potenciais problemas, as ondulações da era digital atingiriam, de resto, os halos estruturais do Direito geral da personalidade[76]. De facto, já há muito radicado do Direito civil, com tendências autonomistas, o Direito da personalidade justificou a recriação de um núcleo essencial de posições jurídicas activas, dogmaticamente vocacionadas a curar os problemas que surgem contra a dignidade das pessoas no ambiente digital.

Sob este pano de fundo, na personalidade, interessa-nos, pois, a reserva da intimidade da vida privada ou, mais vastamente, o direito à privacidade.

Num ponto de partida, a privacidade pressupõe o controlo sobre as informações pessoais, a subtracção à atenção dos outros (anonimato) e a solitude. Na periferia, a privacidade, também, justificou outros direitos reflexos, *v.g.*, o direito de estar só (*Right to be let alone*)[77] e o direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)[78].

Em paralelo, todavia, o influxo digital, veículo, ele próprio, do processamento electrónico e automatizado informações de pessoais, bole com a privacidade e os valores a ela associados. No terreno, os esquemas gerais dos Direitos de personalidade revelaram-se inadequados. Há, neste campo, uma ondulação.

[75] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2023), pp. 85 ss.

[76] Sobre as origens, confronte-se Josef Kohler, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Verlag Gustav Fischer, Jena (1880), pp. 130 ss. A expressão Direitos da personalidade na locução alemã *Persönlichkeitsrechte* foi cunhada por Otto von Gierke, de resto, confronte-se o seu *Deutsches Privatrecht*, Vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig (1895), pp. 702 ss.

[77] Samuel D. Warren/Louis D. Brandeis, *The right to privacy*, cit,, pp. 193-220.

[78] Ulrich Seidel, *Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten*, NJW (1970), pp. 1581-1583. De resto, confronte-se, para tudo, o paradigmático acórdão do BVerfG, 15/12/1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83.

Em múltiplos aspectos, a transformação digital criou novos espaços e métodos para a geração, recolha e exploração de informações pessoais.

A combinação de diversos carateres, permite através da internet ou da informática, traçar de forma mais precisa o estatuto individual das pessoas singulares, *v.g.*, os hábitos de vida, as opções políticas, de mercado ou tendências de consumo.

Em suma, as informações pessoais passaram a constituir os bens mais valiosos no giro comercial contemporâneo. Na sequência, a maturação da questão digital com impactos na vida privada justificaria a emergência da protecção de dados.

II – Originalmente, o termo proteção de dados era entendido como a proteção dos próprios dados no sentido de backup de dados, *v.g.*, contra perda, alteração ou roubo. Este entendimento também se reflectiu na primeira *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG), de 1970[79].

Além disso, a divisão dos dados da esfera social não protegida e da esfera privada e íntima protegida pelo direito de proteção foi abandonada e reinterpretada como uma proteção uniforme dos dados pessoais.

III – Proteção de dados ou informações?

A seguir, dados (em vez de informações) serão usadas principalmente. A razão para tal reside, em primeiro lugar, no facto de não só o tratamento eletrónico de dados, mas toda e qualquer operação de tratamento da informação, incluindo a de natureza manual ou mecânica, ser objecto do parecer de um técnico[80].

De outro modo, porém, "informação" é o termo mais amplo do que "dado", cuja base parece ser necessária por razões científicas (ciência da computação, ciências da informação), uma vez que permite a inclusão do nível pragmático em contraste com o conceito técnico (sintático) de dado.

Por conseguinte, protecção de dados vale pela sua dispersão formal e pelo carácter técnico muito mais preciso.

IV – Direito da protecção de dados?

O Direito da protecção de dados é um ramo novo. Mas, a novidade não é, em si, absoluta; a preocupação com os dados remonta ao longo da história do

[79] Ulrich Seidel, *Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten*, cit., pp. 193-220.

[80] Wilhelm Steinmüller et alii, *Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten, Bundesministerium des Innern*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, BT-Drs. VI/3826, Anlage 1 (1971), p. 41.

pensamento jurídico desde há longos períodos. Nas diversas linhas evolutivas, é comum a sua reconstrução a partir do juramento de Hipócrates fundamento do sigilo médico (400 a. C), ou através da incorporação do sigilo da confissão no Direito canónico pelo IV Concílio de Latrão (1215 d. C), até aos mais recentes desenvolvimentos[81].

Todavia, a ideia que aflora da designação proposta para este sector normativo pode estar desacertada com a realidade factual por ele objectivada. O Direito da proteção de dados não se esgota num conjunto de operações destinadas a proteger os dados pessoais[82]. Há aqui, tão-só, uma regulação do tratamento ou processamento de dados (*Datenverarbeitung*)[83]. Por conseguinte, traduz um conglomerado sistemático e científico sob unidade de princípios de regras jurídicas vocacionadas no tratamento de dados.

Bibliografia

A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra (2020).

— *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2023).

Andrea Allamprese/Madia D'onghia, *Materiali didattici su dirrito del lavoro e digitalizzazione*, Giappichelli (2023).

Annette Guckelberger, *Entwicklung und aktuelle Leitbilder der Verwaltungsdigitalisierung in Deutschland*, em Kohtamäki/Peuker (Hrsg), Die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, Mohr Siebeck, Tübingen (2023).

Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, em Haimo Schack (Hg.), Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits – und Immaterialgüterrecht, Vol. XL, V&R unipress, Göttingen (2015).

António Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa (2002).

Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, Vol. I, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen (1961).

Beatrice Lederer, *Open Data: Informationsöffentlichkeit unter dem Grundgesetz*, em Heckmann (Hrsg), Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Vol. I, Duncker & Humblot, Berlim (2015).

[81] Jörg Pohle, *Datenschutz und Technikgestaltung: Geschichte und Theorie des Datenschutzes aus informatischer Sicht und Folgerungen für die Technikgestaltung*, Humboldt-Universität zu Berlin (2016), pp. 3 + 293.

[82] Quanto as críticas: A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra (2020), pp. 31 ss.

[83] Ulrich Seidel, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (1972), pp. 66 ss.

Bradford L. Smith, *The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet*, Science and Technology Law Review, III, Columbia (2019)

Bruno Debaenst, *The Digital Revolution from a Legal Historical Perspective*, Law, AI and Digitalisation, De Lege, Iustus Förlag (2022).

Bruno Debaenst/Jérôme de Brouwer, *Naissance et développement de l'enseignement universitaire du droit social en Belgique*, Tijdschrift voor Sociaal Recht – TSR (2017).

Christian Solmecke/Thomasköbrich/Robin Schmitt, *Der digitale Nachlass haben Erben einen Auskunftsanspruch? Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen*, MMR (2015).

Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin (1983).

Dário Aniceto Chicale, *Das Relações de Trabalho de Facto: Breves reflexões críticas sobre a presunção da relação de trabalho em Moçambique*, em Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), Ano V, N.º 8, IDT (2025).

— *Introdução Geral ao Teletrabalho em Moçambique*, O Direito, 156.º, III, CIDP (2024).

Dieter Balkhausen, *Mikroelektronik – die dritte industrielle Revolution*, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), n. º 7 (1980).

Edith Huber *et all*, *Wie Smart Home Geräte zur Eintrittsfalle für Kriminelle werden können*, em Bliesener/Deyerling/Dreißigacker/Henningsmeier/Neumann/Schemmel, Treskow (Hrsg.), Kriminalität und Kriminologie im Zeitalter der Digitalisierung, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach (2023).

Eduardo Valpuesta Gastaminza, *Una Aproximación al Concepto y caractererización del Derecho Digital y su normativa*, em AA. VV. Tratado de Derecho Digital, coord. Eduardo Valpuesta Gastaminza e Juan Carlos Hernández Peña, Wolters Kluver (2021).

Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço*, em Revista da FDUL, Vol. LVIII (2022).

Eric Hilgendorf, *Oralität, Literalität – Digitalität? Einige vorläufiger Beobachtungen zur Bedeutung der Digitalisierung für das Recht aus Anlass der Verabschiedung des E-Government-Gesetzes 2013*, em Czeguhn (Hrsg.): Recht im Wandel – Wandel des Rechts. Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag, Köln [u.a.] (2014).

Ernest Peter Hennock, *The origins of the welfare state in England and Germany, 1850–1914: Social Policies Compared*, Cambridge University Press (2007).

Fabian Schuster/Malte Grützmacher, *IT-Recht Kommentar: EU-Recht. Nationales Recht Besondere Vertragsbedingungen*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2020).

Fabrizio Corona/Michele Iaseli, *Manuale di Diritto di Internet*, EPC Editore, Roma (2021).

Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, em Fehling/Rönnau/Schmidt, 1.ª ed., Vol. II, Bucerius Law School Press, Hamburg (2017).

Fotis Jannidis, *Zahlen und Zeichen*, em Jannidis/Kohle/Rehbein, Digital Humanities: Eine Einführung, J.B. Metzler Verlag (2017).

Frank A. Koch, *Internet-Recht: Praxishandbuch zu Dienstenutzung, Verträgen, Rechtsschutz und Wettbewerb, Haftung, Arbeitsrecht und Datenschutz im Internet, zu Links, Peer-to-Peer-Netzen und Domain-Recht, mit Musterverträgen*, 2.ª ed., ROldenbourg Verlag, Munique (2005).

Frank Koch/Peter Schnupp, *Software-Recht*, Vol. I, Springer-Verlag, München (1992).

Giusella Finocchiaro, *Manuale di Diritto di Internet*, 3.ª ed., Bologna (2020).

Hans Peter Bull, *Verwaltung durch Maschinen. Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, 2.ª ed., Köln/Berlin (1964).

Hans-Wemer Moritz/ Thomas Dreier, *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2005).

Hans-Werner Moritz/Barbara Tybusseck, *Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2.ª ed., C.H. Beck Verlag, München (1992).

Ingo Richter, *Die Digitalisierung des Alltags*, em Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin (2011).

Ingolf Pernice, *Staat und Verfassung in der Digitalen Konstellation: Ausgewählte Schriften zum Wandel von Politik, Staat und Verfassung durch das Internet*, Mohr Siebeck, Tübingen (2020).

Jens Schröter, *Analog/digital: Opposition oder Kontinuum?*, em Schröter/Böhnke (Hrsg.), Analog/Digital – Opposition oder Kontinuum?, Bielefeld (2004).

Jochen Schneider, *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, 5.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (2017).

Jochen Schneider/Friedrich Graf von Westphalen, *Software-Erstellungsverträge*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, München (2014).

Johann Leonhard Frisch, *Teutsch-Lateinisches Wörter-Buch*, Vol. II, Verlegts Christoph Gottlieb Nicolai, Berlin (1741).

John Tomlinson, *Globalization and culture*, Cambridge, Polity Press, Cambridge (1999).

Jonathan Bowen/Tula Giannini, *Digitalism: The New Realism?*, em prose/Bowen/McDaid (Hrsg.): Electronic Visualisation and the Arts (EVA 2014), London (2014).

Jörg Pohle, *Datenschutz und Technikgestaltung: Geschichte und Theorie des Datenschutzes aus informatischer Sicht und Folgerungen für die Technikgestaltung*, Humboldt-Universität zu Berlin (2016).

Jörn von Lucke/Heinrich Reinermann, *Speyerer Definition von E-Government*, Speyer (2000).

Josef Kohler, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Verlag Gustav Fischer, Jena (1880) .

Marianne Kneuer, *E-Government im internationalen Vergleich*, em Hofmann/ Kersting/ Ritzi/Schünemann (Hrsg.), Politik in der digitalen Gesellschaft: Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven, Vol. I, Bielefeld: transcript Verlag (2019).

Mario Martini, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, JZ (2012).

Martin Jänicke/Klaus Jacob, *Die dritte industrielle Revolution*, Internationale Politik, n.º 10, Oktober (2008).

Martina Eckardt, *Technischer Wandel und Rechtsevolution: Ein Beitrag zur ökonomischen Theorie der Rechtsentwicklung am Beispiel des deutschen Unfallschadensrecht im 19. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tubingen (2001).

Michael Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (1993).

— *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, em Beier/Götting/Lehmann/Moufang, Urhebervertragsrecht, Fs Schricker, München (1995).

Nick Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, First Monday, Vol. 2, N. º 9 – 1 (1997).

Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig (1895).

Paula Viega, *Digitalização e Estado constitucional*, BFD 96/2 (2020).

Pranay Gupta/T. Mandy Tham, *Fintech: The New DNA of Financial Services*, De Gruyter Press, Boston (2019) .

Ramón Reichert, *Theorien digitaler Medien*, em Jannidis/Kohle/Rehbein (Hrsg.), Digital Humanities: Eine Einführung, J.B. Metzler Verlag, Stuttgart (2017).

Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., revista, Verlag C.H. Beck, Munique (2011).

Robert Wilkens/Richard Falk, *Smart Contracts: Grundlagen, Anwendungsfelder und rechtliche Aspekte*, Springer Gabler (2019).

Roland Rixecker, *Münchener Kommentar – Bürgerliches Gesetzbuch*, em Säcker/ Rixecker/Oetker/Limperg (Hrs), 7.ª ed., C.H. Beck, München (2015).

Samuel D. Warren/Louis D. Brandeis, *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, N. º 5 (Dec. 15, 1890).

Simone Loleit, *The Mere Digital Process of Turning over Leaves. Zur Wort-Und Begriffsgeschichte Von Digital*, em Schröter/Böhnke (Hrsg.): Analog/Digital – Opposition oder Kontinuum?, Bielefeld (2004).

Stephanie Herzog, *Der digitale Nachlass und das Erbrecht: Universalsukzession gilt auch in der digitalen Welt – vorsorgende Rechtspflege stärken*, AnwBl (2018)

Stephanie Herzog/Matthias Pruns, *Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis*, Zerb Verlag (2017).

Susanne Chishti/Janos Barberis, *The Fintech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries*, Wiley, Chichester (2016).

Thomas Bliesener (Hrsg.), *et all*, *Kriminalität und Kriminologie im Zeitalter der Digitalisierung*, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach (2023).

Thomas Hoeren, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tod des Inhabers*, NJW (2005).

Ulrich Seidel, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (1972).

— *Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten*, NJW (1970).

Utz Schliesky, *Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens*, em Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Vol. IV, C.F. Müller Verlag (2022).

Valentina Cagnin, *Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione*, Ricerche giuridiche, Vol. 8 (2) (2019).

Veit Öhlberger, *Die elektronische Signatur im österreichischen Recht: ein Überblick*, em Schweighorfer/Menzel (Hg.), Aktuelle fragestellungen der Rechtsinformatik, Vol. III (2001).

Volker Boehme-Nessler, *Unscharfes Recht: Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, Duncker & Humblot, Vol. LXXXIX, Berlin (2008)

Wilhelm Steinmüller et alii, *Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten, Bundesministerium des Innern*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, BT-Drs. VI/3826, Anlage 1 (1971).

Wolfgang Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht* (2020).

Wolfgang Denkhaus/Benedikt Falkhofen, *E-Government, Open und Smart Government und Digitalisierung: Begriffe, Probleme und Chancen*, em Margrit Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung Vernetztes E-Government, 3.ª ed., Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlim (2024).

Wolfgang Litzenburger, *BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich. Anmerkungen*, JZ (2019).

Wonfgang Denkhaus/Eike Richter/Bostelmann, *E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz, Mit E-Government-Gesetzen der Lände und den Bezügen zum Verwaltungsverfahrensrecht. Kommentar*, C. H. Beck, Munique (2019).

Constitucionalismo luso-brasileiro, Subsídios para o estudo de sua génese no século XIX

Luso-Brazilian Constitutionalism: Contributions to the Study of Its Genesis in the Nineteenth Century

MATHEUS OLIVEIRA KLIPPERT*

SUMÁRIO: *I. Introdução. II. A reforma do ensino em Coimbra. III. Transferência da Corte. IV. As Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa. V. A Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Brasil. VI. A Constituição de 1824 e a Carta de 1826. VII. Conclusão. Bibliografia.*

RESUMO: O presente artigo examina a génese do constitucionalismo luso-brasileiro a partir de um conjunto de episódios históricos interligados que se desenvolveram nos dois lados do Atlântico ao longo do século XIX. Partindo da reforma pombalina do ensino jurídico na Universidade de Coimbra (1772) e da transferência da corte portuguesa para o Rio de Janeiro (1808), o estudo analisa os trabalhos das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa (1821-1822) e da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823), para então centrar-se na Constituição brasileira de 1824 e na Carta Constitucional portuguesa de 1826. Argumenta-se que estes dois documentos, outorgados pelo mesmo D. Pedro, constituem o fundamento do constitucionalismo luso-brasileiro. A análise comparativa dos textos revela diferenças estruturais significativas, nomeadamente quanto ao Poder Legislativo e à organização das câmaras parlamentares, que ajudam a explicar as distintas trajectórias políticas de Portugal e do Brasil ao longo do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo luso-brasileiro; Constituição de 1824; Carta Constitucional de 1826; Poder Moderador; Benjamin Constant; D. Pedro I; D. Pedro IV; História do Direito

* Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pós-graduado em Direito Penal Económico, Internacional e Europeu e mestrando em Direito, menção em ciências jurídico-históricas, ambos pela mesma instituição.
https://orcid.org/0009-0002-6255-0414

Abstract: This article examines the genesis of Luso-Brazilian constitutionalism through a set of interconnected historical episodes that unfolded on both sides of the Atlantic throughout the nineteenth century. Beginning with the Pombaline reform of legal education at the University of Coimbra (1772) and the transfer of the Portuguese royal court to Rio de Janeiro (1808), the study analyses the proceedings of the General and Extraordinary Courts of the Portuguese Nation (1821–1822) and the General Constituent and Legislative Assembly of the Empire of Brazil (1823), before focusing on the Brazilian Constitution of 1824 and the Portuguese Constitutional Charter of 1826. It is argued that these two documents, both granted by the same Pedro I, constitute the foundational texts of Luso-Brazilian constitutionalism. A comparative analysis of both instruments reveals significant structural differences, particularly regarding the Legislative Power, and the organisation of the parliamentary chambers, which help account for the divergent political trajectories of Portugal and Brazil throughout the nineteenth century.

Keywords: Luso-Brazilian constitutionalism; Constitution of 1824; Constitutional Charter of 1826; Moderating Power; Benjamin Constant; Pedro I; Pedro IV; History of Law

I. Introdução

O constitucionalismo luso-brasileiro tem em seu prólogo dois episódios breves que se desenrolaram em ambos os lados do Atlântico nos princípios da década de 1820. De um lado, a Constituição portuguesa de 1822, fruto das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, reunidas entre 1821 e 1822, foi o primeiro texto constitucional do mundo lusófono. A presença de deputados brasileiros nas Cortes[1], representando o Reino do Brasil, confere a este episódio o título de primeira experiência legislativa eminentemente luso-brasileiro. Os seus trabalhos, contudo, produziram maiores frutos no campo político do que no jurídico[2]. Já no hemisfério sul, o Projeto de Constituição de 1823, apresentado e votado parcialmente na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, mesmo não adotado, em função da repentina dissolução desta, serviu de base para o texto que viria de facto a vigorar no Brasil e, de seguida, em Portugal.

[1] Na contagem de Marcello Caetano seriam 64, in *Constituições portuguesas*, 4.ª edição, pág. 22.

[2] A Constituição de 1822 teve curta duração, dividida em dois breves períodos: primeiro entre 1822 e 1823, e depois entre 1836 e 1838; a notória ordem das Cortes, ainda em 1821, para que D. Pedro retornasse a Portugal resultou no Dia do Fico, primeira data no calendário da independência brasileira que culminaria com o 7 de Setembro e o surgimento de um Brasil independente.

Embora seja hoje traçada uma linha tênue desde as leis fundamentais do reino de Portugal, expressas nas Atas das Cortes de Lamego, até o constitucionalismo moderno dos séculos XIX e seguintes, formando assim um *continuum* de matérias constitucionais desde o surgimento de Portugal, tal construção não nos parece pertinente para o estudo que aqui se propõe[3]. Sendo ponderoso o argumento de que muito antes do século XIX já vigorava em Portugal uma série de leis materialmente constitucionais, mantemos aqui uma visão mais restrita relativa a esta "constituição histórica", fixando o início de nossos estudos ao século XIX. Não podemos deixar de referir, contudo, estes diplomas anteriores ao movimento constitucionalista e liberal do Porto, que já abordavam matérias de cariz constitucional. São estas a Lei de 23 de novembro de 1674, a Lei de 11 de dezembro de 1679 e a Lei de 12 de Abril de 1698, para além, claro, das já referidas Atas de 1143[4].

Introduzido o constitucionalismo no mundo lusófono, foi em 1824 que D. Pedro I ofereceu e jurou a constituição brasileira que, dois anos depois, seria também outorgada quase que integralmente ao reino de Portugal[5]. Um mesmo documento, assinado por um mesmo Pedro regeu a ordem política e constitucional de dois países irmãos ao longo da maior parte do século XIX. Até hoje o texto redigido por José Joaquim Carneiro de Campos, o Marquês de Caravelas, é a lei maior que por mais tempo vigorou, quer em Portugal, quer no Brasil[6]. No campo dogmático, a Constituição de 1824 conjugou o espí-

[3] Esta leitura constitucional da ordem política-institucional vigente antes do século XIX, mesmo desde a fundação de Portugal, não é nova. Já o Dr. Lopes Praça, em sua *Collecção de Leis e Subsidios para o Estudo do Direito Constitucional Português,* de 1893, apresentava as Leis das Cortes de Lamego como princípio de uma constituição material do reino. Antes deste, Almeida Garret afrimava "antes da Revolução de 1820 Portugal tinha comeffeito sua Constituição; nem há Estado que a não tenha" e já criticava esta "antiga constituição de Portugal peccava na fórma; já porque dispersa em varias leis escriptas, em costumes e usanças tradicionaes, carecia de regularidade e nexo e harmonia, já porque destituida de garantias e remedios legitimos para os casos de infracção da lei positiva, ou aberração de seu espírito, forçosamente corria o risco de ser mal conhecida, e esquecida da nação, desprezada portanto e infringida do governo.", in *Portugal na Balança da Europa: do que tem sido e do que ora lhe convém ser na nova ordem de coisas do mundo civilizado,* Londres, 1830, págs. 296-298. Esta leitura, embora original, bebe muito da fonte do constitucionalismo britânico, que remonta até a Magna Carta, de 1215, a sua fundação. Entre nós, hoje, os Doutores Vital Moreira e José Domingues dão continuidade a este pensamento, no primeiro volume de sua *História Constitucional Portuguesa*, 2020.

[4] Como se percebe pelas datas das referidas leis, a produção de uma série de regras fundamentais do reino de portugal está intimamente ligada com o movimento de restauração da independência que surge em meados do século XVII. Não por acaso, as matérias destes diplomas limitam-se às regras de sucessão da Coroa e da regência do reino em caso de menoridade ou impedimento do monarca.

[5] Para as idiossincrasias dos textos brasileiro e português, ver *supra* capítulo VI.

[6] Ao todo foram 65 nos de vigência no Brasil e 72 anos em Portugal.

rito liberal de seu tempo, ao abranger um mínimo de matérias e conferir um elenco ainda menor de cláusulas pétreas[7], com resquícios de um absolutismo mitigado, travestido de conservadorismo anti-revolucionário, ao ser o único exemplo de que se tem notícia de aplicação da doutrina do *pouvoir royal* de Benjamin Constant, convenientemente traduzido no mundo lusófono como Poder Moderador. O texto lusitano, ainda que cópia do brasileiro, conseguiu ser ainda mais contido, senão mesmo conservador no desenho das instituições do Reino, como logo se verá.

Ainda assim, grandes méritos devem ser reconhecidos ao texto da constituição. Em um período de grande instabilidade quer em Europa, quer nas Américas, a *Magna Carta* luso-brasileira foi capaz de não apenas persistir no tempo, como garantir alguma estabilidade, fruto de sua plasticidade, e desenvolvimento a ambos os países. Em Portugal, a briga familiar entre D. Pedro e D. Miguel e subsequente guerra civil que se instalou no país levou a que o regime constitucional fosse interrompido em 1828 para ser retomado em 1834 e novamente suspenso dois anos depois. A *Carta* teria sua vigência plenamente estabelecida em solo português apenas em 1842, estendendo-se até a proclamação da República, em 1910. No Brasil, a Constituição também sofreu percalços, sendo notório o Ato Adicional de 1834, que, na prática, revisou o texto constitucional, promovendo alterações substanciais, e o episódio do golpe da maioridade, em 1840, que garantiu a D. Pedro II do Brasil o acesso antecipado ao trono.

A bibliografia empregue neste estudo é oriunda dos dois lados do atlântico, e talvez por um vício de origem, faz sempre referência unicamente ao documento que vigorou em seu território. Para a melhor compreensão do leitor, e em função da ordem cronológica em que os factos se desenvolveram, referir-nos-emos ao mesmo documento, indistintamente, ora como Constituição, ora como Carta. Quanto aos artigos, que sofrem algumas poucas alterações, privilegiaremos sempre a numeração do articulado brasileiro, em função de sua antiguidade, mas imediatamente ao lado será posto o correspondente português, nos casos em que for necessário. Como logo se verá, o texto de ambas

[7] O texto constitucional restringe-se a 179 artigos no Brasil e a 145 em Portugal; o artigo 178.º (144.º em Portugal), por sua vez, estabelece como inalteráveis apenas os dispostos que afetem os limites e atribuições dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, todo o resto do texto, portanto, seria passível de alteração. Esta sua característica, referida por vezes como plasticidade ou adaptabilidade do texto constitucional, abriu espaço para interpretações como as de Afonso Celso de Assis Figueiredo em que a república poderia muito bem ter sido implantada no Brasil sob a égide da carta de 1824.

é rigorosamente o mesmo, sendo a versão portuguesa mais enxuta por excluir disposições que lhe não fazem sentido.

II. A Reforma do ensino em Coimbra

Na segunda metade do séc. XVIII o ensino do direito em Portugal encontrava-se esgotado e em franca decadência, ainda mais quando comparado com os demais centros universitários de Europa. O estudo jurídico português de então se limitava ao método escolástico, ou seja, à leitura do *Corpus Iuris Civilis* e do *Corpus Iuris Canonici*, não introduzindo nada de novo em relação ao que já era praticado no estudo universitário nos últimos seis séculos[8]. Não por acaso, uma figura tão reformadora e sapiente como o Marquês de Pombal ordenou que se instalasse, em 1770, uma Junta de Providência Literária para identificar as causas desta decadência e apontar uma solução para o estado atual das coisas.

Como resultado dos trabalhos da Junta, foi apresentado um relatório, o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra,* que deu lugar à reforma pombalina da universidade e a implantação dos *Novos Estatutos,* por Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772. Não obstante terem se mantido os textos justinianeu e canónico como elementos centrais dos cursos de Leis e Cânones, respetivamente, estes passaram a ser vistos sob um prisma completamente novo, e estudados por meio do método sintético-demonstrativo-compendiário, oriundo das universidades alemãs[9]. Passaram a compor o curso de Leis oito cadeiras, nomeadamente: História dos Povos e Direito Romano e Por-

[8] A Escola dos Glosadores, formada em Bolonha, já se debruçara sobre o texto justiniano e esgotara o seu método próprio ainda no século XII. O mesmo passou-se com os Comentadores, também em Itália, no século XIV, in *História do Direito Português*, de Mário Júlio de Almeida Costa, págs. 236-244 e 264-272.

[9] "O método *sintético* consistia – segundo a própria linguagem dos Estatutos – em dar primeiro que tudo as definições das matérias, passando-se logo aos primeiros princípios e preceitos gerais mais simples, dos quais se procederia para as conclusões mais particulares e complicadas. O método *demonstrativo* (natural, científico) consistia em dispor as matérias por tal modo que se não passasse dumas proposições para as outras sem que as precedentes se houvessem provado com a maior evidência. Finamente, o direio devia ser ensinado por compêndios breves, claros e bem ordenados, nos quais apenas se contivesse a substância das doutrinas, as regras e excepções principais e de maior uso, fazendo avultar os princípios na sua conexão e dando predomínio à didáctica sobe a polémica (método *compendiário*)", Paulo Merêa in *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902),* pág. 16.

tuguês, Instituições de Direito Romano (I e II), Direito Civil (I e II), Direito Romano e Pátrio (I e II) e Direito Natural[10] [11].

Para o nosso ramo das ciências jurídico-históricas, a reforma do ensino na Universidade de Coimbra de 1772 representou o surgimento do ensino e do estudo da história do direito português, resultante da criação da cadeira de História dos Povos e Direito Romano e Português[12]. Para o constitucionalismo, a disciplina de direito pátrio foi a precursora do que logo mais viria a se tornar o direito constitucional do século XIX[13]. De facto, o movimento de autonomização do direito pátrio em relação ao direito romano simbolizou grande avanço que colocou Portugal em pé de igualdade com o resto da Europa. Não apenas se identificou um direito próprio do país, como também se introduziu a cadeira de Direito Natural, em ambos os cursos de Leis e Cânones, o que viria a se provar de enorme importância para o ensino jurídico em Portugal e no Brasil. Ainda, como manifestação da mão firme do Marquês no ensino universitário, operou-se o afastamento dos lentes de então, acostumados com os velhos maneirismos do método escolástico, e o recrutamento de novos lentes, feito ao arbítrio régio[14].

Esta reforma dirigida pelo Marquês logo suscitaria novos desenvolvimentos também no Brasil, basta citar que, aquando da mesma e nos anos subsequentes até o começo do século XIX, os estudantes brasileiros na Universidade de Coimbra representavam 15% de todos os alunos da mesma, inscritos, em sua maioria, nos cursos de Cânones, Leis e Medicina[15]. A criação do Seminário de

[10] Paulo Merêa, Op. cit., pág. 11.

[11] Os novos estatutos significaram monumental avanço no esino português muito além do ramo das leis e cânones. José Bonifácio de Andrada e Silva dirá, em 1817, em seu *Elogio Acadêmico* dirigido a D. Maria I, em referência ao período que: "ainda em muita parte nos dominacam os Lêmures da filosofia arábigo-peripatética; […] Não posso negar que no reinado anterior se tinham lançado as primeiras linhas para se estabelecerem as ciências exatas e físicas na universidade; […] Davam-se nossos doutos e aplicados quase exclusivamente a uma pouca de filologia latina, e quando muito a retórita e a poética; mas não sabiam ainda avaliar perfeitamente a soberania das ciências naturais e matemáticas", in *Obras científicas, políticas e sociais II,* pág. 33 e segs., *apud* Wilson Martins, *História da Inteligência Brasileira*, vol. I, págs. 474-475.

[12] Foi com a obra de Paschoal José de Mello Freire, *Historiae Iuris Civilis Lusitani,* que a ciência histórica do direito teve os primeiros textos dedicados ao seu ensino, conforme Rui de Figueiredo Marcos in *A história do Direito e o seu ensino na escola de Coimbra,* págs. 41 e segs.

[13] Dize-mo-lo junto do Dr. Jorge Miranda, em *O Ensino do Direito Constitucional em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.º 2, pág. 851.

[14] Para os diplomas de nomeação dos novos lentes, ver *Documentos da Reforma Pombalina,* vol. 1 (1771-1782), Lopes de Almeida, Coimbra, 1937.

[15] Fernando Taveira da Fonseca, *Scientiae thesaurus mirabilis: estudantes de origem brasileira na Universidade de Coimbra (1600-1850)*, in *Revista Portuguesa de História*, tomo XXXIII, volume 2,

Olinda, em 1800, nos moldes dos novos estatutos, é outro facto notório que permitiu que em solo brasileiro se desenvolvesse uma geração de clérigos com ideias reformistas e que logo desempenharia funções de destaque na sociedade brasileira[16]. Fundado pelo Bispo Azeredo Coutinho, este tinha por objetivo "instruir a Mocidade da nossa Dioceze no conhecimento das verdades da Religiaõ, na prática dos bons costumes, e nos estudos das ártes, e ciências, que são necessárias para pulir o ómen, e fazer Ministros dignos de servirem á Igreja e ao Estado"[17].

Recebendo alunos a partir dos 12 anos de idade, o plano de estudos começava com primeiras letras e canto, gramática latina, retórica e filosofia, esta última dividida em lógica, metafísica e ética, alcançando-se as matérias de física experimental, história natural e química ao perfazerem 18 anos. A partir daí, o estudo era direcionado à teologia em suas vertentes escolástica, especulativa e prática[18]. A presença das matérias instituídas pelo Marques no ensino superior em Portugal é manifesta, a consequência de seu ensino em solo brasileiro, contudo, foi bem mais explosivo que em Portugal. Daquele seminário saíram os líderes da revolução pernambucana de 1817, os padres João Ribeiro Pessoa de Mello, Miguel Joaquim D'Almeida Castro, José Inácio Ribeiro de Abreu e Lima, António Pereira de Albuquerque, Pedro de Souza Tenório, Frei Joaquim do Amor Divino Rabello (o Frei Caneca) e Pedro Gonçalo Inácio de Loyola Albuquerque. Se juntaria a estes, ainda em 1817 António Carlos de Andrada Machado, oriundo de nossa *alma mater conimbrigensis* e figura de enorme destaque nos eventos que se desenvolveriam na década de 1820.

III. Transferência da Corte

Se a epopeia dos descobrimentos rendeu estudos e obras de exaltação no patamar d'Os Lusíadas, de Camões, o episódio da transferência da corte portuguesa de Lisboa para o Rio de Janeiro não foi, até hoje, compreendido em sua essência, muito menos exaltado no mesmo nível de seu merecimento[19].

págs. 527-559.

[16] Lúcia Bastos Pereira das Neves, in *História do Brasil Nação: 1808-2010*, vol. 1, *Crise colonial e Independência*, págs. 85 e segs.

[17] *Estatutos do Seminario Episcopal de N. Senhora da Grasa da Cidade de Olinda de Pernambuco, ordenados por D. Jozé Joaquim da Cunha Azeredo Coutinho XII Bispo de Pernambuco do Conselho de S. Magestade Fidelisima fundador do mesmo Seminário*.

[18] Rafael da Silva Virginio, *Seminário de Olinda: entre o discurso religioso e liberal*, pág. 5.

[19] É já célebre o discurso por Joaquim Nabuco na celebração dos 300 anos de Camões de que "O Brasil e os Lusíadas são as duas maiores obras de Portugal".

Talvez a frase simples e impactante de um vulto com o peso histórico ímpar de Napoleão Bonaparte seja o ponto de partida ideal para se auferir a real grandeza do movimento realizado por D. João VI: "Foi o único que me enganou".

A transferência da corte, que para Portugal representou o domínio francês, marcado pelo general Jean-Andoche Junot, e de seguida o domínio britânico, uma vez expulsos os invasores, para o Brasil representou, pela primeira vez, um domínio próprio sobre si mesmo, uma autonomia em relação à metrópole europeia nunca antes vista, e uma elevação de caráter institucional sem precedentes no resto do território sul-americano. A hipótese de transferência da corte já havia sido aventada anteriormente, mas foi D. João VI o monarca que teve coragem de concretizá-la[20]. Não foi o único, porém, que teve de se ausentar de seu próprio reino em função das invasões francesas, o mesmo tendo acontecido aos reis de Piemonte e das Duas Sicílias, também com proteção dos ingleses[21], mas foi sim o primeiro a se instalar em um novo continente, dando contornos épicos e esta experiência luso-brasileira.

A primeira consequência desta transferência se deu logo nos primeiros dias do desembarque, ainda em Salvador, com a abertura dos portos para o resto do mundo, e assim o fim do exclusivismo colonial que, embora já mitigado nas últimas décadas, vigorara desde a época dos descobrimentos[22]. No campo político, a elevação, em 1815, do então Estado do Brasil à condição de Reino do Brasil, nascido no berço de uma família que comporia o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, simbolizou duro golpe para os portugueses residentes em europa, que passaram a ver o Brasil como protagonista nesta nova ordem, tomando o lugar até então desempenhado por Portugal[23]. Este facto representa verdadeiro *Punctum crucis* nas relações entre Brasil e Portugal, criando-se uma clivagem em que, por um lado, os portugueses de europa se vêm submissos ao novo reino, onde ainda reside a família real mesmo que as tropas napoleónicas

[20] A manobra já havia sido sugerida a D. José aquando do terremoto de Lisboa, mas logo foi deixada de lado. Antes disso, já o Padre António Vieira haveria sugerido o mesmo e, em tempos mais remotos, Martim Afonso de Sousa também teria respondido que o rei teria a oportunidade de ser o monarca de "outro maior mundo", *apud* Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha, in *História do Direito Brasileiro*, 1.ª edição, 2.ª reimpressão, págs. 217 e segs.

[21] Lúcia Bastos Pereira das Neves, Op. cit., pág. 76.

[22] Quanto ao exclusivismo colonial, cada vez menos efetivo à partir do séc. XVII em relação ao tráfico de escravos, ver Alberto da Costa e Silva, in *História do Brasil Nação: 1808-2010*, vol. 1, *Crise colonial e Independencia*, págs. 25 e segs. Para uma percepção jurídica da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 em que o príncipe regente determinou a abertura dos portos, bem como dos diplomas que se seguiram relativamente ao tema da liberdade econômica no Brasil, ver Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha, Op. cit., págs. 222 e segs.

[23] Ibidem.

já tenham sido expulsas de Portugal e derrotadas, e por outro, os portugueses do Brasil passam a se enxergarem como senhores de si próprios, condição que nunca haviam experimentado. Será a partir de 1821, com o trabalho das Cortes e a pressão de Lisboa para o retorno do antigo *status quo*, que a identidade brasileira irá se formar, em oposição à portuguesa, e culminará nos eventos da Independência em 1822.

O período joanino no Rio de Janeiro não representou apenas benefícios e privilégios para o Brasil, para algumas províncias significou mesmo o aumento de impostos e de ingerência sobre as produções locais, sendo a corte fluminense por vezes percebida como mais opressiva que a lisboeta[24]. Em Pernambuco, em 1817, estoura o movimento de caráter liberal e republicano batizado de Revolução Pernambuco. Não é coincidência o facto de poucos anos antes o Seminário de Olinda ter sido instalado nesta capitania, o episódio, por vezes também referido como Revolução dos Padres, contou com grande número de cônegos em sua preparação e execução. Notório é o caso do Padre João Ribeiro, oriundo de família destacada na capitania de Pernambuco, estudou em Olinda, onde teve contato com as ideias iluministas, liberais e republicanas e liderou o movimento. Seu primo, General Domingos Teotônio Jorge Martins Pessoa, foi o líder militar da revolta. As ligações de ambos com líderes bonapartistas e que lutaram na independência dos Estados Unidos fez surgir um plano para que se libertasse Napoleão de seu exílio da Ilha de Santa Helena, este fosse levado para Pernambuco e, de seguida para Nova Orleans[25]. O plano, como é notório, fracassou, e os dois primos foram executados em 1817.

IV. As Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa

Em Portugal o espírito liberal e revolucionário logo se manifestaria, também motivado pela transferência da corte, ainda que de maneira paradoxal ao que se sucedera no Brasil. Até então, a figura do Marquês de Pombal e os reinados de D. José, D. Maria e a regência de D. João VI consolidaram um despotismo administrativo português, na senda do que já se manifestava em outros lados da europa[26]. A exemplo do preconizado por Christian Wolff e praticado

[24] Alberto da Costa e Silva, Op. cit., págs. 27 e segs.

[25] Lúcia Bastos Pereira das Neves, Op. cit. págs. 83 e segs. Sobre o mesmo tema, ver Boris Fausto, *História do Brasil*, págs. 112 e segs.

[26] Sobre as reformas administrativas instituídas pelo Marquês que assentaram o despotismo esclarecido português, ver, por todos, *História da Administração Pública*, Rui de Figueiredo Marcos, pág. 185 e segs.

por Frederico II da Prússia, surgiu em solo lusitano um paternalismo régio, no qual o rei, *pater patriae*, e, portanto, intimamente ligado aos seus súditos por uma relação de filiação quase que natural, era o responsável por trazer a felicidade a seus súditos, mesmo que à força[27].

O déspota seria uma figura familiar, íntima, benigna e perfeita, quando não mesmo infalível, que teria a prerrogativa maior de escolher os rumos da nação sempre visando o bem daqueles que o serviam[28]. Nas palavras do Conde de Linhares, D. Rodrigo de Sousa Coutinho (1755-1812), vigorava em Portugal "o despotismo iluminado e vigoroso, que faz reinar leis inalteráveis, conhecendo que o interesse do déspota e do súbdito é inseparável"[29]. A transferência deste pai para terras longínquas, uma fuga, como percebida pelos portugueses de europa, significara mesmo um abandono dos seus filhos, deixados à própria sorte para lutar contra os invasores franceses. Os primeiros anseios da população em Portugal seriam, portanto, o retorno do pai amado que os desamparara[30]. Às saudades do *pater,* somaram-se a insatisfação com o domínio inglês e a derrota definitiva de Napoleão, em 1815, para impulsionar os revoltosos a exigirem não apenas o regresso do rei, como também agora a convocação das Cortes e a criação de uma constituição, a exemplo do que sucedera em Cádis pouco tempo antes. Dirá Mouzinho da Silveira que "Em 1820 o exemplo de Espanha, a ausência do Rei, as mesadas, que ele exigia no Rio de Janeiro, e a influência inglesa foram as causas do levantamento do Porto, que se fez electricidade geral"[31].

A Constituição de Cádis, de 1812, foi, ao lado dos periódicos portugueses impressos em Londres e enviados ao país ao longo da década de 1810, responsável por difundir o liberalismo político em Portugal. Antes destes, em finais do séc. XVIII e princípios do XIX, o conceito de liberal ou mesmo de

[27] Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha, Op. cit., págs. 207 e págs.

[28] "que tudo, que quanto pensa, quanto trabalha, e quanto consegue, he a fim de educar seus Filhos, de os sustentar, e de lhes deixar huma herança; assim hum Rei, vigilante sempre, e sempre cuidadoso da Felicidade dos seus Vassallos, nada mais préza, e nada desempenha melhor a beneficio deles, do que o Titulo Augusto de Pai da Patria", José António de Alvarenga, in *Sobre a Authoridade Régia. Oração aos Bachareis, que se habilitão para servir a S. Magestade nos lugares de Letras. Deduzida das principaes Doutrinas, que se contém na Deducção Chronologica e Analytica, e na Carta Encyclica do S. P. Clemente XIV de 12 de Dezembro de 1769*, Lisboa, MDCCLXX, págs. 55 e segs., *apud* Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha, Op. cit. pág. 210.

[29] *Apud* Nuno Gonçalo Monteiro in *História Contemporânea de Portugal: 1808-2010*, vol.1, *O Colapso do Império e a Revolução Liberal*, pág. 39.

[30] A visão aqui expressada é autoral, mas floresceu das aulas e conversas com o professor Doutor Rui de Figueiredo Marcos e da leitura de Lúcia Bastos Pereira das Neves, Op. cit. pág. 94.

[31] *Apud* Nuno Gonçalo Monteiro, Op. cit., pág. 57.

liberalismo resume-se ao liberalismo econômico, fruto da doutrina de Adam Smith. O *Dicionário de Língua Portugueza* de Morais, de 1813, vai mesmo definir Liberal como "*livre, franco: tanto que por nós lhe foi impedida esta liberal navegação (aos Mouros)*"[32]. O texto espanhol desenhou um império intercontinental, espraiado entre América, Europa e Ásia e composto por espanhóis de "ambos os hemisférios"[33], o que em muito influenciaria na formação e mantença do Reino Unido lusitano. A fraca eficácia da constituição espanhola, contudo, que vigorou por não mais de 6 anos ao todo, em três momentos separados[34], não foi suficiente para lograr um reconhecimento institucional e dogmático a sua altura. É de assinalar a sua influência no mundo lusófono, contudo, não apenas pela semelhança que o texto português de 1822 tem com esta, como também pela própria forma de convocação das cortes portuguesas de 1821-22, que seguiu o regime de eleição expresso na constituição de Cádis[35]. Ainda, não apenas discutiu-se a implementação do texto em Portugal, como no Brasil este vigorou, mesmo que por menos de um dia[36].

Convocadas as Cortes em Portugal, o problema se colocou de como garantir a independência nacional, um governo melhor e, principalmente, o retorno do rei, restaurando-se as velhas instituições portuguesas de outrora que haviam migrado para o novo mundo. Sem a presença do monarca, contudo, uma vez que D. João encontrava-se ainda no Rio de Janeiro, os trabalhos das Cortes desenvolveram-se sem a supervisão, ou sequer o vulto, de uma figura soberana, levando a que se desenvolvesse um desenho institucional mais restritivo dos poderes do monarca. Embora não se defendesse a instauração de uma república em Portugal, Alexandre Herculano diria mesmo que, dos trabalhos das Cortes, resultou uma Constituição que "rodeara o trono de instituições republicanas"[37].

Como se sabe, as turbulências do período impuseram ao texto da Constituição de 1822 uma vigência inócua. Dos trabalhos das Cortes, porém, resultou também uma alteração nas relações entre Brasil e Portugal que significaria o fim do Reino Unido de então e o surgimento de um novo Império nos trópicos.

[32] *Apud* Nuno Gonçalo Monteiro in Op. cit., pág. 54.

[33] *Constituição política da monarquia espanhola de 1812*, *capítulo IV – Dos cidadãos hespanhoes*, art. 18.º.

[34] Para uma síntese breve sobre a influência do texto espanhol de 1812 no constitucionalismo luso-brasileiro ver *A Constituição de Cádiz de 1812,* de Helga Maria Saboia Bezerra, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.º 198, abril/junho 2013.

[35] Marcello Caetano, Op. cit., pág. 15. Sobre o modo de eleição das Cortes, capítulo III da *Constituição Política da Monarquia Espanhola, promulgada em Cadiz em 19 de Março de 1812, traduzida em portuguez por A.M.F.*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1820.

[36] Em decreto de 21 de Abril de 1821 D. João VI jurou e publicou a constituição de Cádis, apenas para a revogar no dia seguite, *apud* Helga Maria Saboia Bezerra, Op. cit. pág. 99.

[37] *Apud* Nuno Gonçalo Monteiro, Op. cit. pág. 59.

A convocação das Cortes para que D. Pedro retornasse a Portugal, em decreto de 29 de setembro de 1821[38], assinalou a última tentativa de ingerência de Portugal sobre as terras do Brasil. O decreto chegaria ao Rio de Janeiro em dezembro e a recusa de D. Pedro, que só viria a 9 de janeiro de 1822, marcou a primeira data do calendário da independência do Brasil que se desdobrou naquele ano. Seria instalada no Brasil, sob o vulto de D. Pedro, uma assembleia geral, constituinte e legislativa, para firmar as bases do novo império e fazer o parto da nova nação.

V. A Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil

Episódio central para se compreender o que se pretendeu com a Constituição de 1824 (Carta de 1826) são os trabalhos da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, convocada em 1822 por D. Pedro I do Brasil, IV de Portugal, e repentinamente destituída pelo mesmo em novembro do ano seguinte. Na Assembleia, que assinalou o começo de um órgão parlamentar de caráter nacional em terras brasileiras, situou-se o debate que perduraria ao longo do século XIX luso-brasileiro, onde por um lado defendia-se a manutenção da soberania na figura do rei, neste caso o imperador, e de outro, já se a colocava na nação, no parlamento, órgão legislativo de excelência e que reuniria os verdadeiros interpretes dos anseios desta. Se é facto que o mesmo debate foi posto nas Cortes em Portugal, a ausência do monarca em solo lusitano na altura fez com que a solução encontrada pendesse para o lado liberal e até mesmo republicano. No Brasil, contudo, a figura de D. Pedro não deixou espaços a serem ocupados no poder pelos membros do recém instituído parlamento.

[38] "As Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação portuguesa havendo decretado em data de hoje a forma de governo e administração publica das províncias do Brazil, de maneira que a continuação da residência do Principe Real no Rio de Janeiro se torna não só desnecessária, mas até indecorosa á sua alta hierarquia; e considerando juntamente quanto convém aos interesses da Nação, que Sua Alteza Real viaje por alguns paizes illustrados, a fim de obter aquelles conhecimentos, que se fazem necessários para um dia ocupar dignamente o trono portuguez: mandão respeitosamente participar ElRei, que tem resolvido o seguinte: 1.º Que o Principe Real regresse quanto antes para Portugal. 2.º Que Sua Alteza Real, logo que chegue a Portugal, passe a viajar incógnito ás Cortes e Reinos de Hespanha, França, e Inglaterra, sendo acompanhado por pessoas dotadas de luzes, virtudes, e adesão ao systema constitucional, que para esse fim Sua Magestade houver por bem nomear. Paço das Cortes em 29 de Setembro de 1821 – João Maria Soares de Castello-Branco, Presidente; Antonio Ribeiro da Costa, Deputado Secretario; João Baptista Felgueiras, Deputado Secretario." in *Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portugueza*, n.º 188.

Logo na abertura dos trabalhos da Assembleia colocou-se o problema de identificar quem mantinha, naquele momento, a soberania. Por ter sido D. Pedro, o Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil, a convocar a constituinte, era claro que residia neste, mas o escopo do órgão representativo dali surgido não permitia que assim se mantivesse. Como podem os representantes da nação redigir uma constituição e, afinal, não terem soberania para tal? Pelo menos para D. Pedro a resposta era clara, esta estaria apenas tomando emprestada para si a soberania que residia no trono, para conferir maior legitimidade ao texto constituinte, e uma vez terminados os trabalhos devolver-lhe-ia tais poderes. Seria o monarca, afinal, quem aprovaria a constituição, se "Digna do Brasil e de mim"[39].

Já na Assembleia, tal empréstimo de legitimidade não foi bem recebido. As primeiras sessões foram dedicadas a responder tal imposição do Imperador, emitindo-se um Voto de Graças em que a fala é censurada: "*Seria possível que desconfiasse V. M. I. que a Assembleia Brasiliense fosse capaz de fazer uma Constituição menos digna da Nação e de V. M. I.? Não, Senhor, similhante suspeita não seria consoante com o geral theor de confiança, que respira todo discurso de V. M. I.".* Ao longo dos sete meses em que os trabalhos dos Deputados se desenrolaram, o tema sobre quem detinha afinal o verdadeiro poder persistiria. Em nenhum momento, contudo, seria aventada a hipótese de um desenho institucional composto por quatro poderes, como o texto de 1824 viria a apresentar. O descontentamento de D. Pedro com a perda de suas prerrogativas seria o real motivo da dissolução da assembleia, mas duas discussões, tidas em simultâneo, merecem maior atenção.

Relativamente à concessão de títulos nobiliárquicos por parte do Imperador, a Assembleia tentou limitar esta prerrogativa de D. Pedro, impondo-se que não fossem mais concedidos até que houvesse lei orgânica sobre a matéria. Esperava-se, inclusive, que a prerrogativa passasse a ser do Legislativo (leia-se a Assembleia) e não do Executivo (leia-se o Imperador)[40]. Já relativamente à liberdade religiosa e à religião oficial do Império, o *Projeto* apresentado e votado parcialmente pelos Deputados consagrava uma liberdade religiosa plena apenas

[39] Consta no *Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil* a seguinte entrada do discurso de D. Pedro na sessão de abertura da Assembleia: "Como Imperador Constitucional, e mui principalmente como Defensor Perpetuo deste Imperio, Disse ao Povo no Dia 1.º de Dezembro do anno próximo passado, em que Fui Coroado, e Sagrado, Que com a Minha Espada Defenderei a Patria, a Nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil, e de Mim".

[40] A concessão do título de Marquês do Maranhão ao Almirante Lord Cochrane desencadeara estas discussão. Para mais acerca da mesma, ver Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha, Op. cit. págs. 264 e segs.

aos cristãos, habilitando-os a exercerem funções públicas e professarem sua fé em locais públicos, e uma outra liberdade, esta limitada, às demais religiões que não a cristã, proibindo-se o exercício de funções públicas e a profissão em público. Era uma maneira elegante de se limitar a influência de denominações estranhas no aparato governativo brasileiro bem como na sociedade civil, enquanto se permitia o acesso, limitado, de novos povos ao país por formar[41]. Em decreto de 12 de novembro de 1823 D. Pedro invocaria a afronta dos constituintes à fé católica e quebra de seu juramento para dissolver a mesma[42].

Um terceiro facto, porém, ganhou maior notoriedade na historiografia, embora não tenha se desenrolado dentro da Constituinte propriamente dito. Trata-se do embate travado entre os irmãos Andrada, António Carlos, José Bonifácio e Martim Francisco, e o Imperador por meio de periódicos que circulavam na sociedade civil em meio à Constituinte. Desde a renúncia, em julho, de José Bonifácio e Martim Francisco dos cargos de Ministro do Reino e de Negócios Estrangeiros e Ministro da Fazenda, respetivamente, instalara-se um governo composto maioritariamente por portugueses, no derradeiro momento em que as relações luso-brasileiras estavam estremecidas. Portugal, afinal, não reconhecia ainda a independência brasileira, e as propostas de se reinstituir o Reino Unido de outrora já não eram mais bem vistas pela população brasileira. Um governo composto por portugueses representava um avanço na direção oposta que os membros da Assembleia aventavam.

Jogados à oposição, os irmãos mantiveram seus papéis de destaque na Assembleia, sendo os mais velhos, António Carlos e José Bonifácio, membros da Comissão de Constituição e redatores do Projeto[43]. De um dia para o outro, portanto, a Assembleia passou também a ser tida como uma oposição ao governo, somando-se a isso os episódios mencionados de conflito de competências. Em princípios de agosto daquele ano dois amigos de Bonifácio, António de Menezes Vasconcelos de Drummond e o desembargador Francisco da França Miranda, iniciariam a publicação d'*O Tamoyo*, periódico destinado a vigiar e censurar atos do novo governo que considerasse inconstitucionais bem como repercutir o pensamento dos Andrada. Os três irmãos, afinal, contribuiriam com textos para o jornal, reafirmando sempre seus ideais e princípios no

[41] Para uma análise completa, ainda que sucinta, sobre o tema, bem como dos trabalhos da Assembleia em torno da votação da matéria, ver o nosso estudo *Liberdade Religiosa e Religião Católica no Projeto de Constituição de 1823 e o seu debate na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil,* vencedor do Prémio Escolar Professor Doutor Plínio Corrêa de Oliveira de 2023.

[42] Matheus Oliveira Klippert, Op. cit., para o juramento dos deputados professado na Constituinte, págs. 15-16; para o decreto de D. Pedro dissolvendo a mesma, pág. 30.

[43] *Ibidem*, pág. 20.

seio da Constituinte. A proximidade entre o veículo e a família faria mesmo com que em novembro, quando da dissolvição da Assembleia, os três irmãos fossem os únicos Deputados condenados ao exílio, junto dos dois redatores[44].

O estopim para o encerramento da experiência constituinte brasileira seria o espancamento, em 5 de Novembro, do boticário David Pamplona Corte Real, em sua casa, por dois oficias portugueses do exército, o Major Joaquim José Lapa e o capitão Zeferino Freire. David fora erroneamente identificado como o autor de um texto que criticava os portugueses incorporados no exército brasileiro, uma vez que pouco tempo antes haviam lutado contra a Independência. A incorporação de tais soldados havia sido feita a pouco tempo e muitas tropas mantinham sua lealdade com Portugal. O episódio repercutiu negativamente na sociedade civil, nos periódicos e chegou até a Assembleia, onde António Carlos e Martim Francisco inflamariam os demais Deputados contra os portugueses do exército e do governo. O dia 11 de novembro marcaria movimentações das tropas estacionadas no Rio de Janeiro, descontentes com os comentários feitos em ambos os campos, e o pedido destas ao Imperador para que os responsáveis (os irmãos Andrada) fossem exilados.

A dissolvição da Assembleia, no dia seguinte, seria um episódio particular da história brasileira e que merece aqui uma releitura, mesmo que não muito inovadora. Até então, interpretou-se o episódio como uma retaliação de D. Pedro, que via seus poderes diminuídos por obra de sua criatura, a Assembleia, e, portanto, um capricho pessoal deste. A leitura não é errada, pelo que grandes vultos do saber a seguem e não faltam relatos do destempero de D. Pedro que a corrobore. Não se pode esquecer, no entanto, que no cenário posto, havia duas forças que se opunham e seus ânimos exaltavam-se. De um lado, os partidários de um Brasil independente recém feito, encabeçados pelos irmãos Andrada, e votando o futuro deste nas sessões da Assembleia, de outro, os partidários do absolutismo régio, recém reinstituído em Portugal, com D. João VI, e que vislumbravam a retomada do Reino Unido, aqueles portugueses ocupando os cargos do governo e do exército brasileiros.

Neste cenário, na qual a conclusão óbvia é a guerra civil (e não se cometa aqui o erro de supor que o Brasil não viveu guerras civis, antes, durante e após a independência, ainda que em focos esparsos e sempre com a vitória

[44] O periódico foi citado nominalmente, bem como os três irmãos Deputados, como responsáveis por causar descontentamento no governo e nas tropas do exército, então maioritariamente portugueses, como pode-se ler na introdução de José Theodoro Mascarenhas Menck in *O Tamoyo e Sentinella da Liberdade à beira mar da Praia Grande – Coletânea de jornais que levaram à dissolução da Assembleia Constituinte de 1823*, págs. 17 e segs.

das forças governistas), o ímpeto do Imperador levou a que esse dissolvesse a Assembleia e exilasse os Andrada, tomando para si a prerrogativa de outorgar a constituição de seus domínios. Ao mesmo tempo em que atendeu assim ao pedido de portugueses e do exército, D. Pedro outorgou, pouco tempo depois, texto constitucional decalcado do projeto apresentado e parcialmente votado na Assembleia, o que demonstrava seu compromisso com os trabalhos dos Deputados constituintes. Esta manobra, apaziguando o conflito entre governo (executivo) e Assembleia (legislativo) seria um movimento típico do poder moderador, a grande novidade a ser apresentada no texto de 1824. Se esta foi ou não a primeira vez em que o monarca fez uso do *pouvoir royal* é questão a ser debatida pela academia, sendo uma leitura *lato sensu*, mas tem o benefício de lançar as bases para o que se virá de seguida, com a vigência da Constituição de 1824 no Brasil e em Portugal, bem como adicionar mais um capítulo à história conflitante entre forças armadas e poderes civis nos dois países.

VI. A Constituição de 1824 e a Carta de 1826

A historiografia busca sempre encontrar um facto ou documento até o qual seja reconduzível a origem de um país ou evento histórico de grandes proporções. A título de exemplo, é comum reconhecer-se a Declaração de Independência como a certidão de nascimento dos Estados Unidos da América, ou então o Tratado de Versalhes como gerador da Segunda Guerra Mundial. Entre nós, o documento em que pela primeira vez D. Afonso Henriques assina como *rex* é tido como marco de fundação de Portugal[45], já no Brasil, a certidão de nascimento do país é largamente associada à Carta de Pero Vaz de Caminha, um documento bem menos jurídico e oficial do que os demais, mas poético e até mesmo profético, já que traduz e sintetiza não só a primeira interação entre nativos brasileiros e navegadores portugueses, como as características de um *modus vivendi* que por séculos se desenvolveria e entrelaçar-se-ia com a própria identidade brasileira[46].

[45] Sobre a relevância da alteração do título de *infans* para *rex*, ver Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, págs. 151 e segs.

[46] A Carta de Caminha narra desde já a plasticidade, receptividade, cordialidade e ingenuidade (por vezes tida como promiscuidade) dos gentios brasileiros e a interação que se dá com os portugueses. De igual modo, finaliza com um pedido um tanto particular, de soltura do cunhado de Caminha, naquilo que seria uma interação típicamente luso-brasileira: de trocas de favores entre agentes públicos e privados, o patrimonialismo estamental que tanto propicia a corrupção. Sobre a carta, ver, por todos, Jaime Cortesão, *A Carta de Pero Vaz de Caminha*.

Para a história do constitucionalismo luso-brasileiro, não podemos deixar de buscar um documento para fazer esta mesma recondução como gênese de todo o nosso objeto de estudo. Tendo sido apresentados os movimentos que se desdobraram desde finais do XVIII e até os primeiros anos da década de 1820, enfatizamos aqui que aquilo deve ser encarado como prólogo, prefácio, mesmo uma introdução do que viria a se desenvolver no século XIX. Não diminuímos a relevância que merecem e que exercem sobre aquilo que *a posteriori* se desenvolverá, mas um documento, ou melhor, dois, merecem a classificação de origem, fundamento e base do constitucionalismo luso-brasileiro: a Constituição brasileira de 1824 e a Carta Constitucional portuguesa de 1826.

Tendo já sido chamadas de cartas gêmeas, dado o seu mesmo "pai" e a semelhança quase idêntica[47], se faz pertinente aqui demonstrar não só as notas caracterizadoras de ambos os textos como também a diferença entre estes, elemento poucas vezes referido e que elucida as diferenças de aplicação destas em seus respetivos países. Comecemos pelo documento brasileiro, para então partir para a versão portuguesa.

Oferecida em 25 de março por D. Pedro, a Constituição de 1824 apresentou como grande novidade em relação ao texto do projeto votado na Assembleia um quarto poder, dantes apenas teorizado, e que tomou contornos muito particulares no Brasil. O Poder Moderador, nas palavras do próprio texto, "é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos"[48].

Historicamente atribuída a concepção do Poder Moderador ao filósofo franco-suiço Benjamin Constant, este se propôs a sistematizar aquilo que já era praticado por séculos no parlamentarismo britânico, e sintetizar em seu *Cours de Politique Constitucionnelle*. Na obra, este poder é descrito como "*qui est soutenu par des souvenirs et par des traditions religieuses*"[49]. Se trata, pois, de um poder oriundo da tradição, religiosa (espiritual), é certo, mas também política (temporal), que em Inglaterra mantinha-se vigente e que o autor defendia que se implementasse também em França. Continua *"[…] Mais quand cette précaution est prise, voyez comme la constitution anblaise emploie lepouvois royal à mettre fin à toute lutte dangereuse et à rétablir l'harmonie entre lesa utres pouvoirs. L'action du pouvoir exécutif, c'est-à-dire des ministres, est-elle irrégulière, ler roi destitue le pouvoir*

[47] A expressão é de Paulo Bonavides, em seu *Constitucionalismo Luso-Brasileiro*, *apud* Jorges Alves Correia in *No bicentenário da Constituição de 1824 – estudos sobre a formação do Brasil Império*, pág. 396.
[48] Artigo 98.º (artigo 71.º da Carta).
[49] Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitucionnelle*, Chapitre Premier.

exécutif. L'action du pouvoir représentatif devient-elle funeste, le roi dissout le corps représentatif. Enfin, l'action même du pouvoir judiciaire est-elle fâcheuse, en tant qu'elle applique à des actions individuelles des peines générales trop séveres, le roi tempère cette action par son droit de faire grâce"[50].

Constant reconhece, portanto, três áreas de atuação do Moderador, no Executivo, podendo demitir os ministros, no Legislativo, podendo dissolver a Assembleia, e no Judiciário, podendo reformar as decisões dos tribunais concedendo graças. Na Constituição, o artigo 101.º (artigo 74.º da Carta) vai permitir ainda que este suspenda os magistrados, contanto que contra eles hajam queixas. Com um discurso curto e apoiado em exemplos históricos de Roma Antiga, de Florença renascentista e da Inglaterra sua contemporânea, o Autor apresenta exemplos de como Executivo, Legislativo e Judiciário se corrompem, seja ultrapassando seus limites (quando as penas do Judiciário não forem justas, por exemplo) ou se instaurando uma desarmonia entre estes. Falta, no entanto, imaginação à Constant para prever casos em que o próprio Moderador se corrompa ou ultrapasse os seus limites.

No Brasil, apenas no Segundo Reinado (1831-1889) foram formados trinta e seis gabinetes, com média de um ano e três meses de vida cada um[51], não se encontrando um fator único que levasse a tão rápidos governos, mas sendo a demissão pelo Imperador uma constante. Em geral, a não unidade dos partidos, quer Conservador, quer Liberal, e uma série de lideranças destoantes dentro de cada um fez com que o Imperador escolhesse para o formar Governo sempre aquele que tivesse maior simpatia[52]. De mesmo modo, não raro o despedimento de um gabinete seria em função de divergências do Imperador para com os Ministros e não uma minoria destes na Câmara.

Dirá mesmo Joaquim Nabuco, em 1868, quanto à queda do gabinete de Zacarias, que "Havia no Parlamento uma maioria liberal, constituída pela vontade nacional; uma maioria tão legítima, tão legal, como têm sido todas as maiorias que temos tido no país, tão legítima, tão legal como podem ser todas as maiorias que hão de vir enquanto não tivermos liberdade de eleição. Havia um ministério que representava essa política. E dizei-me: esta política tendia a decrescer? Não, pelo contrário, tendia a aumentar, tendia a um grande desenvolvimento [...]. Esta maioria tendia, por consequência a crescer: o ministério que a representava decaiu, não por uma vicissitude do sistema representativo, não porque uma minoria se tornasse maioria; mas por diferenças que houve nas relações da Coroa com seus ministros". Desta sorte, o "rei reina e governa",

[50] *Ibidem*.
[51] A conta é de Raymundo Faoro em seu monumental *Os Donos do Poder*, pág. 405 e segs.
[52] *Ibidem*.

partindo do Moderador um impulso governativo não previsto por Constant, e que manifestamente era previsível desde o princípio.

Continua Nabuco: "Chamou-se um ministério de uma política contrária, adverso à política dominante, à política estabelecida pela vontade nacional: foi chamada ao ministério uma política vencida nas urnas [...]. Isto, senhores é um sistema representativo? Não. Segundo os preceitos mais comezinhos do regime constitucional, os ministérios sobem por uma maioria, como hão de descer por outra maioria; o Poder Moderador não tem o direito de despachar ministros como despacha empregados, delegados e sub-delegados de polícia; há de cingir-se, para organizar ministérios, ao princípio dominante do sistema representativo, que é a vontade popular"[53].

Esta hipertrofia do Moderador não se verificou no outro lado do atlântico. Encerrado um período de guerra civil quase constantes, em que as diferentes ideologias políticas se engalfinharam, primeiro na tentativa de colocar a coroa em D. Miguel, depois na formação de novo texto constitucional que novamente por pouco tempo vigorou, a partir de 1851 a exaustão deste espírito revolucionário deu início a um período de estabilidade política no constitucionalismo monárquico. Graças a Fontes Pereira de Melo, foi possível uma união nacional, "sem distinção de partido, para sermos úteis ao nosso país"[54]. O longo consulado de Fontes Pereira de Melo, que ao todo se estendeu por mais de uma década[55], é exemplo desta forte união nacional, mas também de um manifesto favoritismo da Coroa, especialmente de D. Luis, para com o seu presidente do Conselho de Ministros. Depois desta, iniciar-se-á um período de rotativismo, mas de comum acordo entre os partidos, não por iniciativa do rei.

Esta estabilidade portuguesa, que se mostrou impossível no Brasil, adveio de elemento não contabilizado por Constant em seus escritos, e por vezes negligenciado pelos defensores do moderador: a vontade régia. Se no Império do Brasil, entre os anos de 1831 e 1889 imperou apenas D. Pedro II, em Portugal, no mesmo período, reinaram quatro reis e uma rainha. As personalidades de cada um deste, somada a um período menor no poder, imprimiram em Portugal um Poder Moderador muito mais fraco do que no Brasil, ainda que previsto com os mesmos contornos no texto constitucional. Ainda assim, as predileções reais não deixaram de suplantar, ainda que moderadamente, as von-

[53] Joaquim Nabuco, *Um estadista no Império, tomo II*, págs. 80 e 81, *apud* Raymundo Faoro, *Op. cit.*, pág. 410.

[54] Intervenção do próprio na Câmara dos Deputados, 7 de fevereiro de 1854, *apud* Rui Branco in *História contemporânea de Portugal: 1808-2010*, vol. 2, *A construção nacional (1834-1890)*, pág. 52 e segs.

[55] Pela primeira vez de setembro de 1871 a março de 1877, depois de janeiro de 1878 a junho de 1879 e por último de novembro de 1881 até fevereiro de 1886.

tades populares, assim como ocorreu no Brasil. O Moderador não se mostrou, afinal, tão falível quanto os demais poderes, a que inicialmente era incumbido de temperar quando falhassem.

Relativamente ao Poder Legislativo, este será concebido de forma diferente no Brasil e em Portugal. Na Constituição este é delineado em duas câmaras, a dos Deputados e o Senado[56] sendo que este último é composto por membros vitalícios, e organizado por eleição Provincial[57]. Esta eleição se dá nos mesmos termos da dos Deputados, mas quem mantém a palavra final é o Imperador, em mais uma dimensão de seu poder Moderador, ao escolher quem assumirá como Senador dentre os três mais votados[58]. Não se tratando de um modelo democrático puro, é de se ressaltar que no artigo 44.º da Constituição se reafirma o caráter eleitoral do Senado, ao se estabelecer que "Os Logares de Senadores, que vagarem, serão preenchidos pela mesma fórma da primeira Eleição pela sua respectiva Província".

Em Portugal, as duas câmaras previstas na Carta serão a dos Pares e a dos Deputados[59], sendo que aquela será composta por "membros vitalícios, e hereditários, nomeados pelo Rei, e sem numero fixo"[60]. Ora, a influencia do rei aqui é muito maior do que a desenhada para o Imperador, sendo suprimido no texto da Carta todos os artigos que na Constituição faziam referência ao modo de eleição dos Senadores. A competência do Senado no Brasil e da Câmara de Pares em Portugal será a mesma, isto é, de "Conhecer dos delictos individuaes commettidos pelos Membros da Familia Imperial (Real), Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores (Pares) e dos delictos dos Deputados, durante o período da Legislatura; Conhecer da responsabilidade dos Secretários, e Conselheiros de Estado; Convocar a Assembleia (as Cortes) na morte do Imperador (Rei), para a eleição da Regencia, nos casos em que ella tem logar quando a Regencia Provisional o não faça"[61].

É de ressaltar novamente que em Portugal se suprime a atribuição conferida ao Senado do Brasil de "expedir Cartas da Convocação da Assembleia, caso o Imperados o não tenha feito dous mezes depois do tempo, que a Constituição determina; para o que se reunirá o Senado extraordinariamente". Ora, não é mero acaso esta omissão, sendo lícito daí possível inferir novamente que o poder real é mais forte no Velho Continente do que no Novo, ainda que seja

[56] Artigo 14.º daquele documento.
[57] Artigo 40.º.
[58] Artigo 43.º.
[59] Artigo 14.º daquele texto.
[60] Artigo 39.º.
[61] Artigo 47.º da Constituição; artigo 41.º da Carta.

exercido de maneira diferente relativamente ao Moderador. Ao conferir autonomia a um Senado eleito, o texto brasileiro eleva a potência do Legislativo, em tentativa de autonomizá-lo dos demais, garanti-lo, ainda que o Imperador não cumpra com seu dever de convocar a Assembleia, mas o ímpeto pessoal de D. Pedro II não permitirá que esta autonomia planeada se desenvolva.

Quanto a Câmara dos Deputados, em Portugal esta também tem sua competência restringida, uma vez que no Brasil cabe àquela a iniciativa "sobre a escolha da nova Dynastia, no caso de extinção da Imperante"[62] o que é subtraído na Carta. Um Poder Legislativo débil é desenhado para Portugal, em comparação com o Brasil, mas serão sobretudo as vontades privativas dos reis portugueses que darão aquela maior estabilidade à experiência europeia do que a americana. Também é de se responsabilizar as lideranças políticas do país tropical, tão exaltadas quanto possível, que não foram capazes de formar consensos de âmbito nacional (muito mais difíceis dada a proporção do Brasil, é certo) a ponto de estabilizarem a política nacional como feito em Portugal.

Os Poderes Executivo e Judiciário são rigorosamente os mesmos em ambos os lados do atlântico[63], não havendo sequer subtis alterações como as ressaltadas supra quanto ao Moderador e ao Legislativo. Não é possível, portanto, apontar nenhum daqueles como motivo das diferenças de aplicação dos regimes em Portugal e no Brasil.

VII. Conclusão

Tendo sido oferecidas por D. Pedro, I do Brasil e IV de Portugal, ambas Constituição e Carta são coerentes ao preverem um Poder próprio daquele e que se sobrepõe aos demais. O ímpeto representativo e democrático é, afinal, intencionalmente suplantado pelo ímpeto pessoal do monarca. Não faz sentido, porém, identificar-se com este desenho institucional os valores de temperança e neutralidade pretendidos pelo seu idealizador, uma vez que dependerá sempre do *animus* próprio de cada monarca. As subtis diferenças concretizadas no modelo português, que a primeira vista criaram um sistema mais conservados e mais concentrado na figura do monarca do que o brasileiro, paradoxalmente resultou em um Moderador muito menos intervencionista do que o primo brasileiro, sendo atribuível tal comportamento a quatro fatores indissociáveis:

[62] Artigo 36.º da Constituição;

[63] Artigos 102.º, 103.º, 104.ª, 151.º, 152.º, 153.º, 154.º, 155.º, 156.º, 157.º, 158.º, 159.º, 160.º, 161.º, 162.º, 163.º e 164.º da Constituição não idênticos aos artigos 75.º, 76.º, 77.º, 118.º, 119.º, 120.º, 121.º, 122.º, 123.º, 124.º, 125.º, 126.º, 127.º, 128.º, 129.º, 130.º e 131.º da Carta.

os impulsos pessoais de cada um dos monarcas, que demonstraram maior respeito com a vontade popular do que D. Pedro II; a regência de quatro Reis diferentes, e não apenas um Imperador como no Brasil no mesmo período; a força institucional dos partidos políticos; a vontade das lideranças políticas de se firmar uma união nacional contra extremismos e em prol do comum desenvolvimento.

Mesmo que os princípios fundamentantes de ambos os textos constitucionais fossem os mesmos, e o são, e, mesmo que o desenho institucional fosse o mesmo, o que não foi, ainda que muito próximos, a sorte dos povos lusitano e brasileiro dependeu da capacidade e competência daqueles homens que ousaram participar da vida política nacional de seus respetivos países. Não cabendo aqui julgar em retrospeto as suas atuações, não nos furtamos de ressaltar que a união nacional promovida em Portugal não foi idêntica à realizada no Brasil, sobretudo durante a Guerra do Paraguai (1864-1870).

Não foram idênticos, também, os ímpetos pessoais do Imperador brasileiro e dos Reis e Rainha portugueses, havendo aqui uma falha gênica na conceção do Poder Moderador que a nós cabe ressaltar. Não sendo possível prever a natureza daquele que ocupa o trono, não se pode conceber um Poder de natureza personalística que ultrapasse os domínios dos demais Poderes e se sobreponha a estes. A vida política em um sistema assim dependerá sempre da vontade de um único homem, ou mulher, que não responde a mais ninguém a não ser à sua própria consciência.

É do embate entre os três Poderes tradicionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que se traçam os limites dos próprios, ora havendo protagonismo de um, ora de outro. A legitimidade democrática, direta nos dois primeiros, e indireta neste último, é tolhida quando não mesmo excluída em um sistema com um Moderador tão ativo como no Brasil, o que não pode jamais ser pretendido por qualquer classe política. A suposição de que o Moderador será neutro, dotado de temperança em sua atuação e infalível é idílica e demasiado curta para se assentar a constituição política de uma, ou, como foi, duas nações distintas.

Documentação e Legislação impressas (em ordem de aparição)

Collecção de Leis e Subsidios para o estudo do direito constitucional portuguez, volumes 1 e 2, J. J. Lopes Praça, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1893-1894.

Documentos da Reforma Pombalina, volume 1 (1771-1782), direção de Lopes de Almeida, Coimbra, 1937.

Estatutos da Universidade de Coimbra, de 28 de agosto de 1772.

Estatutos do Seminario Episcopal de N. Senhora da Grasa da Cidade de Olinda de Pernambuco, ordenados por D. Jozé Joaquim da Cunha Azeredo Coutinho XII Bispo de Pernambuco, 1798.

Constituição Política da Monarquia Espanhola, promulgada em Cadiz em 19 de Março de 1812, traduzida em portuguez por A.M.F., Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1820.

Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portugueza, Imprensa Nacional, Lisboa, 1821-1822.

Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil.

O Tamoyo e Sentinella da Liberdade à beira mar na Praia Grande – Coletânea de jornais que levaram à dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, Edições Câmara, 2023.

Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824.

Constituições Portuguesas – 1822 | 1826 | 1838 | 1911 | 1933, Divisão de Edições da Assembleia da República, Lisboa, 2009.

Bibliografia geral

Bezerra, Helga Maria Saboia – *A Constituição de Cádiz de 1812*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.º 198, abril/junho de 2013.

Caetano, Marcello – *Constituições Portuguesas*, Editorial Verbo, Lisboa, 1978.

Constant, Benjamin – *Cours de Politique Constitucionnelle*, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1837.

Cortesão, Jaime – *A Carta de Pero Vaz de Caminha*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2010.

Costa, Mário Júlio de Almeida – *História do Direito Português*, Almedina, 5.ª edição, 2018.

Faoro, Raymundo – *Os Donos do Poder*, Biblioteca Azul, 5.ª edição, 7.ª reimpressão, São Paulo, 2017.

Fonseca, Fernando Taveira da – *Scientiae thesaurus mirabilis: estudantes de origem brasileira na Universidade de Coimbra*, in *Revista Portuguesa de História,* tomo XXXIII, volume 2, 1999.

Garrett, Almeida – *Portugal na balança da Europa: do que tem sido e do que ora lhe convém ser na nova ordem de coisas do mundo civilizado*, Londres, 1830.

Klippert, Matheus Oliveira (vencedor do Prêmio Escolar Professor Doutor Plínio Corrêa de Oliveira) – *Liberdade Religiosa e Religião Católica no Projeto de Constituição de 1823 e o seu debate na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, 2023.

Marcos, Rui de Figueiredo – *História da Administração Pública*, Almedina, 2016.

– *A História do Direito e o seu ensino na Escola de Coimbra*, Almedina, 2016.

Marcos, Rui de Figueiredo/Carlos Fernando Mathias/Ibsen Noronha – *História do Direito Brasileiro*, GEN Forense Universitária, 1.ª edição, 2.ª reimpressão, 2015.

Martins, Wilson – *História da Inteligência Brasileira*, vol. I, *1550-1794,* Editora UEPG, 3.ª edição, 2010.

Merêa, Paulo – *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2005.

Miranda, Jorge – *O Ensino do Direito Constitucional em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.º 2.

Moreira, Vital/José Domingues – *História Constitucional Portuguesa*, volume I – *Constitucionalismo antes da Constituição (Séculos XII-XIX)*, Divisão de Edições da Assembleia da República, Lisboa, 2020.

Noronha (coord.), Ibsen – *No Bicentenário da Constituição de 1824 – Estudos sobre a formação constitucional do Brasil Império*, Livraria Resistência Cultural Editora & Caminhos Romanos, São Luiz – Coimbra, 2024.

Pinto, António Costa/Nuno Gonçalo Monteiro (dir.) – *História Contemporânea de Portugal: 1808-2010*, vol.1, *O colapso do império e a revolução liberal*, Objectiva, 2013; vol. 2, *A construção nacional*, direção Objectiva, 2013.

Schwarcz (dir.), Lilia Moritz – *História do Brasil Nação: 1808-2010*, vol. 1, *Crise colonial e independência,* Objetiva, São Paulo, 2014.

Silva, Nuno J. Espinosa Gomes da – *História do Direito Português – Fontes de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª edição, 2000.

Virginio, Rafael da Silva – *Seminário de Olinda: entre o discurso religioso e o liberal,* Associação Nacional de História, XXV Simpósio Nacional de História, Fortaleza, 2009.

Recensões

Recensão crítica ao estudo *Direitos sociais, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais* de Jorge Reis Novais

JOÃO EMBAIXADOR*

RESUMO: Recensão crítica da obra de Jorge Reis Novais sobre a fundamentação dogmática, densidade normativa e tutela jurídico-constitucional dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais; direitos fundamentais; tutela jurídico-constitucional; dogmática constitucional; justiciabilidade

ABSTRACT: Critical review of Jorge Reis Novais work on doctrinal foundations, normative content and constitutional protection of social rights.

KEYWORDS: social rights; fundamental rights; constitutional protection; constitutional doctrine; justiciability

A obra *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, publicada em 2017, é aqui analisada sobre a 2.ª edição revista e reformulada de Novembro de 2021, da AAFDL Editora.

Uma recensão crítica é o texto que emite juízos críticos de apreciação, de valorização ou de rejeição, sobre uma determinada obra escrita, seja livro ou ensaio. Desta análise deve resultar uma avaliação global do texto em apreço,

* Advogado Estagiário; Mestrando, na fase de Dissertação, em Direito e Ciência Jurídica – Especialização de Direitos Fundamentais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
https://orcid.org/0009-0004-0422-0710
Recensão crítica apresentada e avaliada no Seminário de Direitos Fundamentais no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

procurando estabelecer uma apreciação criteriosa e com rigor científico. Assim nos propomos.

Esta publicação de Jorge Reis Novais divide-se em quatro partes: a primeira, onde o autor discorre sobre a natureza jurídico-constitucional dos direitos sociais; a segunda, discutindo as principais objecções dogmáticas contra o pleno reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais; a terceira, a apreciação crítica dos diferentes modelos de estruturação da relevância jurídica dos direitos sociais; finalmente, a quarta parte, apresentando uma proposta de dogmática unitária dos direitos fundamentais, com os direitos sociais.

> «Ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à intervenção dos poderes públicos.».[1]

Na primeira parte, a identificação das dimensões política e jurídica, na compreensão dos direitos sociais, esclarecendo que, a discussão temática afasta a primeira, não porque, pelo contrário, seja desnecessária, desinteressante ou de somenos importância, mas tão só pelos limites do reconhecimento da dimensão jurídica e constitucional, que os estatui, directa ou indirectamente. Por necessariamente distinguíveis, não são ambas mediatamente dissociáveis, pois reflectiu uma visão política, plural, sustentada na dignidade humana, concebendo favoravelmente aos direitos sociais a sua consagração constitucional em Portugal. Aliás, a positivação dos direitos sociais, bem como dos demais direitos fundamentais, não é estéril ou desligada do reflexo político da sua, mais do que sociedade, comunidade humana, que é beneficiária e devedora, enquanto *corpus* do Estado de Direito, democrático e social; antes, resultaria numa tecnicidade ligada apenas ao resultado, mas desligada da fonte e do molde, ambos mutáveis.

Afastada aquela dimensão, as garantias constitucionais presentes são extensões já anteriormente consagradas no direito internacional dos direitos humanos, do qual a Constituição da República Portuguesa é subsidiária quanto à matéria, mas também quanto à forma. A validade e a importância do seu Artigo 17.º são suficientes para consagrar o debate ora produzido pelo autor.

Não atende o autor apenas aos direitos sociais, se direitos fundamentais iguais ou que possam ser diferenciados dos direitos, liberdades e garantias – ou dos direitos de liberdade –, mas também à distinção do alcance objectivo e subjectivo enquanto garantia jurídico-constitucional. Também aqui, pela restrição

[1] (*ibid*. p. 301)

jusconstitucional – numa analogia ao instituto do recurso de amparo – impende o necessário respeito pela separação de poderes, igual corolário da Constituição, sob pena de, como comparativamente se identifica na obra, capacitar e atribuir competência ao juiz constitucional para a realização destes direitos. Tal decisão judicial só pode depender de uma argumentação jurídica e jurídico-constitucional, que não trata o direito enunciado como um todo, mas do e no caso concreto.

Entender os direitos sociais como direitos fundamentais será, não obstante o propositado pleonasmo, fundamental: como já se referiu, no Estado de Direito actual, a relevância formal daqueles, pela sua relevância material, é uma exigência concretizada ou a concretizar da dignidade da pessoa humana, reforçando isso mesmo os Estados que os decidiram consagrar nas suas Leis Fundamentais.

Na segunda parte, as objecções dogmáticas ao pleno reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais resultam, desde logo, pela existência de limites, criados ou subsumidos pelo legislador quanto à sua força normativa: reserva do possível, indeterminabilidade do conteúdo constitucional, carácter estrutural – mas não exclusivo – dos direitos sociais como direitos positivos, e da sua natureza não universal. Ainda, por que essas eventuais especificidades estruturais decorrem da natureza jurídica dos direitos sociais.

A divisão doutrinária presente na nota de rodapé[1] [2] é por demais elucidativa da possibilidade de, pelo presente texto constitucional, e expurgada já a dimensão política, resultarem múltiplos raciocínios quanto à heterogeneidade exigível e exigente de tais normas. Desde logo, não se excluem âmbitos positivos ou negativos de quaisquer direitos – de liberdade ou sociais –, acrescentando ainda o autor sobre a correlação entre estes – ex. direito à vida *vs.* direito à saúde –, Um direito negativo, ainda que por princípio seja mais forte que um direito positivo, não retira a qualidade deste como direito fundamental.

Os direitos sociais cobram um sentido evolutivo estruturalmente comum aos dos direitos de liberdade, concretizando os fins do Estado e a sua relação com o indivíduo, atendendo às exigências de realização e deveres de respeito, de protecção e de promoção.

De facto, o argumento financeiro que alicerça a reserva do financeiramente possível, pelas disponibilidades financeiras do Estado, como causa justificativa de afectação, restrição ou não realização plena, tem a maior relevância para os direitos fundamentais. Mas, não sendo a consagração respectiva desligada das suas condicionantes, sob pena de impossibilidade material *ab initio*, não é igualmente suficiente para contestar a jusfundamentalidade dos direitos sociais.

[2] (p. 42 e 43)

Destacam-se os pressupostos do controlo judicial do problema: a existência de reserva que afecte a dimensão particular do direito fundamental *sub judice*, a competência do poder público para a reserva a accionar e a respectiva pertinência e relevância para o caso; a sua não verificação não significa o encerramento do problema jurídico-constitucional.

A relativa indeterminação de conteúdo constitucional dos direitos sociais não lhes é exclusiva, na construção do autor, pois é igualmente verificável nos direitos de liberdade; mas admite-se *mais marcada* por correlação directa com as disponibilidades financeiras do Estado, reservando o legislador constituinte a densificação e determinação daquele conteúdo para o legislador ordinário – tratando, e superando, a fonte complexa dos direitos sociais com a parcimónia natural dos bens públicos.

A realização das mais variadas dimensões dos direitos sociais tem, intrinsecamente, condicionantes de preenchimento dos requisitos específicos, pelas circunstâncias e atributos particulares, abrangendo o Estado e os particulares, devendo-se ao respeito merecido de todos os direitos fundamentais e sociais, enquanto protecção e promoção legalmente consagrada.

Na terceira parte, a extensão comparativa dos diferentes modelos – negativos e positivos ou recusando e reconhecendo – de direitos sociais enquanto direitos fundamentais, através da relevância jurídica correspondente, questionando e discutindo as suas virtudes e fragilidades.

Desde logo é merecido o destaque da questão sobre a petição que envolve a realização de um direito social e a realização de uma prestação estatal a favor do peticionante, cabendo ao juiz a decisão jurídica na medida da protecção e promoção pela previsão legal e jurídico-constitucional do ordenamento. A partir daqui, a sistematização mostrar-se-á irrelevante, na opinião do autor, merecendo, em última *ratio*, a construção dos instrumentos teóricos e dogmáticos que resultem na solução dos problemas e conflitos judiciais que envolvem os direitos sociais.

Como já se denotou, apesar da tendência dos direitos de liberdade serem vistos pela dimensão negativa, de defesa, imediata e plenamente justiciável, descurando as restantes dimensões de protecção e promoção, já determináveis, aplicáveis e de judiciabilidade mais atenuada, é equívoca para estes como contra os direitos sociais, imprimindo superiormente aquelas dimensões, positivas, reduzindo a complexidade da natureza de todos os direitos fundamentais e o alcance em expectativa.

Uma breve elucidação, sobre o princípio da proibição do retrocesso, merece registo, pois por corresponder a uma construção doutrinária que foi acolhida jurisprudencialmente, para além de desnecessária quando os direitos sociais estão constitucionalmente consagrados, é *frágil*: reforça ainda mais a ideia

de diferença quanto aos direitos, liberdades e garantias – a que acresce não ter qualquer previsão legal –, petrificando os direitos sociais nesse avanço, mas não os demais direitos de liberdade.

As concepções históricas sobre os direitos fundamentais espelham como, nas várias épocas e Constituições, as problemáticas se colocariam e, ainda, como a inclusão dos direitos sociais não perturbavam a dogmática sensível que seria exercida pelo legislador ordinário, pela mera proclamação política daqueles, que o liberalismo cravou formalmente na ideia da separação de poderes, sendo a Lei ou o princípio da legalidade a garantia do bem maior por e para todos, e da reserva de Lei, sobre o princípio da constitucionalidade.

A Lei à medida dos direitos fundamentais – e não o oposto – revela a extensão de efectividade, qual garantia desses direitos, assim como da própria Justiça subjacente, cujo veículo é aquele primado.

A construção do princípio do Estado social associado ao princípio da igualdade, criativamente admitindo a presença indirecta dos direitos sociais no plano constitucional, reconduz tal produção à prossecução dos mesmos objectivos dos direitos fundamentais. Assim entendeu a doutrina alemã, reorientando o desenvolvimento e as disponibilidades do Estado de Direito social para aquela categorização, possibilitando, pela fundamentação oposta à necessidade de previsão ou positivação constitucional, a garantia, não apenas de respeito dos direitos fundamentais, mas de protecção e promoção dos direitos fundamentais sociais.

Finalmente, a quarta parte, pela dogmática unitária de direitos fundamentais, abrangendo os direitos sociais, é a adopção pelo autor do modelo, propondo a atribuição aos direitos sociais de uma relevância plena, *a contrario* das demais exposições doutrinárias já atrás identificadas e presentes na obra, que retiram a dignidade ou a relevância do legislador constituinte da estatuição correspondente.

Em virtude da ampliação significativa do elenco dos direitos fundamentais e demais bens a proteger jusfundamentalmente, decorrente da nova fase do Estado constitucional a partir do final do primeiro quarto do Século XX, mas numa visão mais desenvolvida a partir da segunda metade do mesmo, as alterações das concepções do mesmo Estado conduzem a resultados e expectativas diferentes das até então consagradas. A unificação dogmática jurídico-constitucional de todos os bens fundados na dignidade da pessoa humana não só eleva a categoria dos mesmos, como impede um tratamento juridicamente desigual, concluindo por qualquer inviabilidade destrinçável dogmaticamente entre direitos de liberdade e direitos sociais. Estão, por isso, em causa os deveres estatais, num plano de cumprimento constitucionalmente obrigatório – *ipso facto*, à observância de todos os poderes constituídos –, sob pena de inconstitucionalidade por violação daqueles.

> «O anacronismo da doutrina tradicional portuguesa *representa* esse absurdo teórico de laborar sobre uma Constituição típica de Estado social e democrático de Direito da segunda metade do Século XX sem abandonar os quadros mentais de uma teoria dos direitos fundamentais *filha* do Século XIX e que enquadrou a *vida* dos direitos fundamentais na Europa por toda a primeira metade do Século XX.».[3]

Como entende elucidar o autor, na realidade quotidiana, nunca os direitos fundamentais são aplicáveis como um todo, pelo que a organização sistemática dos diferentes direitos jusfundamentais se mostra materialmente irrelevante, cuja variabilidade como direitos positivos ou negativos surge concretamente nos casos judiciais para todos os direitos, sejam estes de liberdade ou sociais. Só a sua consideração como um todo de direitos fundamentais justifica a sistematização; o direito à greve, comparativamente, e constitucionalmente consagrado como direito de liberdade e direito social, em Portugal e no Brasil, respectivamente, é exemplificativo para esta tese.

A dogmática de direitos fundamentais serve para ajudar a decidir, de forma constitucionalmente adequada, e no caso, sobre as questões mais variadas que afectam, protegem e ou constituem direitos públicos e particulares. Os direitos sob reserva do financeiramente possível são mais comuns nos direitos sociais; não caindo na repetição, aqueles não lhes são exclusivos, nem são o único elemento colocável, considerados e já identificados na segunda parte desta obra. Pretendem-se consequências jurídicas materiais das respectivas realizações ou do controlo judicial a que submetidos.

O autor sistematiza dogmaticamente os três grandes factores ou razões, condicionando os operadores jurídicos, para o controlo jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, quanto: à opção normativa do legislador – regra ou princípio –; à natureza do dever público sobre o provável incumprimento na situação controvertida; e à estrutura negativa ou positiva daqueles.

Compreendendo não apenas a problemática jurídico-constitucional dos direitos sociais, na forma e possibilidade – nacional e internacional – de os concretizar, o autor redige esta publicação, vinculando-se a uma posição que entende ser necessária de rever, sobre cujas opiniões doutrinárias, mais ou menos distantes, colidem sobre a protecção e garantias constitucionais subjacentes, dirimindo definitivamente o espaço que a Lei Fundamental liberta ao legislador ordinário e, bem assim, à própria fiscalização jurisprudencial do Tribunal Constitucional.

Na linha de Dworkin, especialmente enquadrável, estão naturalmente em causa *trunfos contra a maioria*. Esta metáfora, num apoio estrutural e dogmático,

[3] (*ibid*. p. 307).

protege os direitos fundamentais de um esvaziamento possível por determinação do legislador ordinário, em espelho de uma maioria representada, garantindo, em última *ratio*, a decisão de possíveis restrições para o poder judicial, por serem direitos juridicamente garantidos na Constituição, cumprindo a separação de poderes do Estado de Direito. É nesta exacta linha que o conteúdo dos direitos fundamentais se concretiza: da garantia jusconstitucional positivada e da densificação ordinária do legislador, que atendendo aos elementos variáveis, na ordem política das decisões e capacidades, alarga e restringe o seu cumprimento.

São jurisprudencialmente exemplos os Acórdãos respeitantes a tais direitos, onde se regista a conservação de um espaço de discricionariedade à acção do legislador sem ferir o núcleo essencial respectivo, mais positiva, mas também negativamente.

Recensão à obra *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos decorrentes da utilização de inteligência artificial no exercício da função administrativa* de Beatriz Garcia

ANISIO SAMANDJATA*

IDENTIFICAÇÃO DA OBRA: Beatriz Garcia, *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por Danos Decorrentes da Utilização de Inteligência Artificial no Exercício da Função Administrativa*, Lisboa: AAFDL Editora, 2025, 230 páginas, ISBN: 978-989-9252-55-4

RESUMO: Beatriz Garcia procura traçar um caminho doutrinal, que pretende responder a um dos maiores desafios no domínio jurídico que a Inteligência Artificial (doravante IA) impõe aos poderes públicos e, em especial, às entidades administrativas: o dever público de indemnizar pelos danos que possam ser provocados em virtude da introdução de ferramentas de IA no desempenho da função administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial, Responsabilidade Civil Extracontratual, Actividade Administrativa.

ABSTRACT: Beatriz Garcia seeks to develop a doctrinal framework aimed at addressing one of the foremost legal challenges posed by Artificial Intelligence (hereinafter AI) to public authorities, and in particular to administrative bodies: the public duty to compensate for damages that may result from the introduction of AI tools in the exercise of administrative functions.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, State Extra-Contractual Civil Liability, Administrative Activity.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Luanda). Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
https://orcid.org/0009-0005-5061-6190

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por Danos Decorrentes da Utilização de Inteligência Artificial no Exercício da Função Administrativa, de Beatriz Garcia, apresenta-se como um estudo pioneiro no âmbito do Direito Administrativo e versa sobre uma das principais questões que mais suscita e continuará a suscitar uma atenção particular dos investigadores desta matéria, pois trata de um tema central do nosso tempo – a relação entre a IA e o direito, isto é – a Responsabilidade Civil das Pessoas Colectivas Públicas no uso da IA. A monografia contém, no total, 230 páginas, estruturada da seguinte forma: agradecimentos e nota prévia; prefácio; siglas e abreviaturas; introdução; cinco capítulos, incluindo as conclusões e as referências bibliográficas. O Capítulo I intitula-se "A IA como um tipo de risco tecnológico" e desdobra-se em três secções: a primeira, "Contrapondo a tradicional concepção de risco ao risco da IA"; a segunda, "A regulação Europeia da IA"; e a terceira, "A IA na Administração Pública Portuguesa". O Capítulo II intitula-se "A actuação administrativa por meio da IA", composto por apenas uma secção sobre "A decisão administrativa algorítmica". Já o Capítulo III denomina-se "Que responsabilidade pela utilização da IA" e desdobra-se em três secções: a primeira, "O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) revisitado: o dever de indemnizar do Estado e demais entes públicos"; a segunda, "Revisitando a responsabilidade civil extracontratual"; e a terceira, sobre a "posição adoptada" pela autora. Por fim, nos Capítulos IV e V, a autora dedica-se à questão central "Precisamos de um novo tipo de responsabilidade?" e apresenta as conclusões, respectivamente.

A IA afirma-se como uma das grandes inovações da denominada 4.ª Revolução Industrial, sendo cada vez mais frequente a sua utilização na actividade administrativa, tanto a nível procedimental como decisório. Na sua dissertação, a autora propõe "*o caminho mais completo possível e que, idealmente, conduza a uma construção robusta e coerente com as coordenadas do sistema jurídico*", analisando as situações de danos causados pela Administração Pública (AP) decorrentes da utilização de sistemas de IA no procedimento administrativo. Não obstante, a autora reconhece que, face à constante evolução deste domínio, não é, ainda, possível alcançar uma resposta juridicamente cabal, justa e coerente com os princípios do ordenamento jurídico, considerando os diversos títulos de imputação previstos no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, RRCEE, aprovado através da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Como se antevê, a dissertação debruça-se sobre uma preocupação contemporânea num Estado de Direito Democrático: a de que todo o cidadão que sofra um prejuízo resultante de uma acção ou omissão da AP deve ser devidamente ressarcido. Pretende-se, essencialmente, assegurar que a AP possa ser responsabilizada pelos danos causados a particulares em vir-

tude da utilização de sistemas de IA, seja por actos que a IA tenha praticado e não devesse ter praticado, ou que devesse ter praticado de forma diversa, seja por omissões em que o sistema de IA não actuou quando legalmente lhe era exigível. Assim, os particulares que vejam a sua esfera jurídica lesada por condutas administrativas mediadas por IA dispõem da possibilidade de accionar a responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos, em conformidade com a CRP e o RRCEE.

A obra confronta-nos com o desafio de perceber em que moldes o artigo 22.º CRP dá guarida à responsabilidade civil dos poderes públicos pela utilização da IA e se o RRCEE acolhe hipóteses de responsabilização. Para responder a essa questão, a autora identifica, entre outras, as situações de erro tecnológico na programação do algoritmo, a ilegalidade do parâmetro contido no algoritmo, os casos de erro tecnológico, da fatídica constatação de que a máquina falhou; entretanto, é na identificação do risco tecnológico que vai fundamentar o ressarcimento do dano ao particular por parte dos poderes públicos. Comentado o tipo de responsabilidade pelos danos decorrentes da IA, a autora enfatiza a omissão da CRP e do CPA, face a este cenário, enfatiza que a utilização da IA pela AP não lhe retira juridicidade, pois a própria Constituição incumbe aos poderes públicos o dever de indemnizar, cumprindo, deste modo, a sua função reparadora de danos. Neste sentido, a autora propõe que este tipo de responsabilidade encontra o seu fundamento nos princípios do Estado de Direito Democrático e da proporcionalidade (artigos 2.º, n.º 2, 18.º e 22.º da CRP).

Entretanto, com base no (RRCEE), são previstos três títulos de imputação para que haja responsabilidade civil dos entes públicos, nomeadamente: por factos ilícitos, pelo risco e por facto lícito, que, no entanto, se mostram, em grande medida, incompatíveis com os danos que a IA pode provocar aos particulares e as especificidades da heterogeneidade de sistemas de IA existentes, em virtude disto, o dano a ser causado ao particular tem por base o risco que cada sistema de IA apresenta, embora se perceba que tal risco possa ser desconhecido pela administração no momento da utilização no âmbito da actividade administrativa. Por isso, num entendimento propedêutico, a proposta da autora parte do princípio de que, para novos problemas jurídicos, impõem-se, do mesmo modo, novas soluções, sublinhando que "*as dificuldades com que nos deparamos nas várias etapas da nossa investigação, seja i) ao nível da imputação objectiva pelo risco, ii) da prova da culpa ou iii) do estabelecimento do nexo de causalidade, são provas de que, quiçá, a configuração tradicional da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, decorrente das coordenadas civilísticas, já não confere, de facto resposta adequada a este novo desafio da modernidade que a IA representa*" (p. 187).

É neste contexto que Beatriz Garcia apresenta um novo tipo de responsabilidade dentro da responsabilidade civil dos entes públicos – na sequência da

utilização da IA no exercício da função administrativa, embora tal alerta já havia sido feito, a título inovatório, pelos Professores da Escola de Coimbra, Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, quando apontavam o surgimento de um quarto título de imputação de danos aos entes públicos: a chamada "responsabilidade pelo perigo". Na verdade, ao convocar estes autores na sua monografia, Beatriz Garcia entende que este novo tipo de imputação (responsabilidade pelo perigo) situa-se entre uma responsabilidade pelo risco e uma responsabilidade por factos ilícitos, o que originará, de facto, uma responsabilidade objectiva dos poderes públicos. Nota-se que está, aqui, em causa o surgimento de uma nova categoria de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, resultante do advento da IA, que a autora chama de "compensação por exposição ao perigo", tendo como pressupostos o nexo causal entre o facto e o dano bem como a ocorrência de uma situação de exposição ao perigo, nomeadamente a existência de um risco conhecido, tolerável, mas sempre elevado, que foi criado na decorrência da aplicação da IA a um sector da actuação administrativa que, pela sua estrita conexão com os bens fundamentais do ordenamento jurídico (como a vida, a integridade física e a segurança), aumenta a perigosidade da IA.

Como vemos, a autora desafia o labor do legislador e propõe que sejam elencadas áreas de actuação administrativa que potenciem uma exposição ao perigo por parte dos particulares, pelo que, é de admitir a responsabilização objectiva fora dos marcos do disposto no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, quando se trata de danos causados por sistemas de IA, cujo risco é conhecido, tolerável e elevado em sectores da actuação administrativa que envolvem um risco excepcional de produção de danos tais como a saúde, o ambiente e a segurança. Ora, faz-se uma chamada de atenção aos efeitos colaterais que este tipo de responsabilidade pode acarretar para os contribuintes, isto é, em termos de custos para os cidadãos, pois a efectivação deste tipo de responsabilidade vai desencadear despesa pública, pelo que, o alargamento do âmbito da IA como uma realidade do tempo presente e futuro vão alargar os encargos financeiros do Estado e demais pessoas colectivas públicas. Nesta conformidade, para minimizar o impacto financeiro a autora propõe a criação de um seguro obrigatório que cubra os danos decorrentes do uso da IA. Para terminar, a obra recenseada é de singular relevância para a doutrina nacional e abre caminhos a uma nova forma de analisar a responsabilidade civil extracontratual pública, justificada pelo labor dogmático em relação à matéria desenvolvida pela autora, bem como impondo ao legislador a necessidade de revisitar o respectivo regime jurídico.

Política e Ética Editoriais

Critérios de Publicação
n'O Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'*O Direito* devem:

(i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
(ii) Ser inéditos;
(iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
(iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
(v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
(vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção "Breves Comentários", incluindo breves anotações de jurisprudência e recensões devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.