

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano IV · Número 7

Janeiro · Junho de 2016



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 7

Propriedade e Editor

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa – Portugal
www.idilp.net/redilp
presidente@idilp.net

Secretária

Dr.ª Inês Braga (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projeto «UID/DIR/00714/2013»

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano IV · Número 7

Janeiro · Junho de 2016

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP
INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOUTRINA

Alex Sander Xavier Pires

- Novo paradigma detrás da Reforma Processual Civil Brasileira introduzida pela Lei nº 13.105/2015: um código dedicado a razoável duração do processo. 7

António Leão

- Entre o “nome” e a “coisa” da regionalização: algumas notas para o debate da regionalização em Moçambique, no quadro de uma (eventual) reforma constitucional. 73

Gildo Espada

- Provedor de Justiça e acesso à Justiça Administrativa: uma perspectiva moçambicana 95

Jorge Bacelar Gouveia

- Angola e a Liberdade de Religião 131

Luciano Ferraz e Jorge Bacelar Gouveia

- Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal 141

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

- I Encontro Luso-Brasileiro de Direito de Família – O Direito das Famílias: uma perspetiva contemporânea luso-brasileira 189

- Lançamento do Anuário do Direito de São Tomé e Príncipe 193

- “Direito, Religião e Laicidade” – Oração de Sapiência de Jorge Bacelar Gouveia em Nampula. 195

I - DOUTRINA

Novo paradigma detrás da Reforma Processual Civil Brasileira introduzida pela Lei nº 13.105/2015: um código dedicado a razoável duração do processo¹

*New paradigm behind the Brazilian civil procedural reform introduced by Law
no. 13,105/2015: a code dedicated to reasonable length of proceedings*

ALEX SANDER XAVIER PIRES²

Resumo: O CPC/2015, além de introduzir uma nova ordem processual civil, ainda responde pela instauração de um novo paradigma assentado na constitucionalização formal do Direito Processual Civil, de um lado, e na democratização do sistema, de outro. Assim, o presente artigo pretende analisar como a política legislativa justificada na razoável duração do processo propôs a simplificação do sistema para que a celeridade fosse possível num ambiente de segurança jurídica conducentes a satisfação dos anseios sociais representados pela rápida solução do litígio compreendida a satisfação dos direitos reconhecidos em decisões judiciais, e, isto, como forma de dar fruição à norma constitucional.

Palavras-chave: *Reforma Processual Civil. Razoável duração do processo. Novo paradigma. Celeridade. Razoabilidade.*

Abstract: The CPC, in addition to introducing a new civil procedural, still accounts for the establishment of a new paradigm based in the formal constitutionalization of the civil procedural law on the one hand, and the democratization of the system, on the other. Thus, this article aims to analyze the justified legislative policy by the reasonable duration of the process proposed to simplify the

¹ Entregue: 11.12.2015; aprovado: 7.2.2016.

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL); Doutor em Ciência Política e Relações Internacionais pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro vinculado a Universidade Cândido Mendes (IUPERJ/UCAM); Doutor em Ciências Jurídicas y Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA); Investigador do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (CEDIS/FDUNL).

system so that the celerity is possible in a legal security environment conducive to satisfaction of social expectations represented by quick satisfaction of the rights recognized in judicial decisions, by the way to strengthen to constitutional rule.

Keywords: Civil Procedure Reform. Reasonable duration of the process. New paradigm. Celerity. Reasonableness.

Introdução

As transformações sócio-jurídicas experimentadas pelo mundo nas últimas décadas (de prevalência, a inversão do eixo dos destinatários das políticas públicas, do Estado para o indivíduo, garantida pelas normas jurídicas legitimadas e justificadas nas Constituições) impôs a necessidade de reação normativa aos novos fenômenos (veja-se a releitura de teorias – consideradas até então como estáveis –, como eram o constitucionalismo, o positivismo e o liberalismo), sendo certo que o Direito Processual Civil precisou ser reorganizado para manter sua integridade e fruição expectadas, quando da criação das normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico para fins de normatização do exercício da jurisdição, em vias de se manter a paz social mediante a composição dos conflitos de interesses, num ambiente de legalidade garantido em Estados de Direito que seguem a democracia.

Neste contexto, propõe-se a análise sobre a Reforma Processual Civil brasileira levada a cabo pela sanção da Lei nº 13.105/2015 responsável pela introdução do novel Código, sob o prisma da construção de um novo paradigma erigido sobre a resposta aos anseios sociais de “prestação de uma justiça mais célere”, assim concebida pela “razoável duração do processo”, alçado ao supremo comando de princípio fundamental, o que, além de justificar a reforma, ainda o fortalece como fonte de direito e o legitima como fonte de interpretação.

A perseguir a orientação transnacional de releitura dos sistemas para adequação dos valores democráticos garantidos em lei que se justifiquem na Constituição, demonstrar-se-á a preocupação da política legislativa de cuidar da constitucionalização do Direito Processual Civil brasileiro, além de apresentar a democratização do sistema, tanto pelo

respeito ao processo legislativo na elaboração do Código, quando na possibilidade de participação popular na transcrição dos comandos.

Ademais, ainda que em breve pontuação, abordar-se-á a aproximação, contingencial e ideológica, entre as reformas, brasileira (Lei nº 13.105/2015 que levou ao CPC/2015) e portuguesa (Lei nº 46/2013 conducente ao CPC/2013), no que tange aos motivos de elaboração de um novo Código de Processo Civil construído sobre princípios fundamentais.

Em apertada síntese, a presente proposta pretende contribuir para a formulação da resposta sobre a questão: quais são os limites da Reforma Processual Civil brasileira num ambiente transnacional que, democraticamente, orienta o fortalecimento da Constituição pela releitura do princípio da legalidade interpretado em função da garantia de acesso do indivíduo aos direitos consagrado na norma constitucional, *in casu* a razoável duração do processo?

Metodologicamente, adotar-se-ão as análises: normativa pelo viés histórico conducente ao método dedutivo; dos discursos políticos pela miscigenação dos métodos, dedutivo e indutivo; e, bibliográfica para fins de esclarecimento e marcação dos institutos. De igual forma, as técnicas de direito comparado podem ser adotadas em consideração a aproximação entre os sistemas brasileiro e portugueses.

1. Codificação processual civil no sistema brasileiro à luz da leitura normativa

O movimento de codificação brasileiro foi iniciado com o debate constitucional³ instigado pela Carta Imperial de 1824⁴ que previa, em

³ Por força da dominação política advinda de atos de colonização, vigeu desde 1500, as Ordenações do Reino: primeiro, a Afonsina (1446/1521); passando a Manuelina (1521/1603); para chegar a Filipina (1603/1867): “As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas em nossa legislação e história do processo civil são quase nulos, pois que estes só se fizeram sentir, realmente, através do Código Filipino” (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, 13 ed, v.1, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 52).

⁴ Desde que D. João VI assentiu com a criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em 1815, já se trabalhava para elaboração de uma norma constitucional

seu art. 179, XVIII⁵, a “organização”, o mais rapidamente possível, de códigos de natureza civil e criminal. No entanto, nos primeiros anos de constitucionalismo, ainda se mandava observar as Ordenações do Reino (pontualmente a “Filipina”)⁶; e, mais tarde, impôs-e a validade dos assentos portugueses em território brasileiro⁷.

comum que realmente seria levada a cabo se não fosse a decretação de Independência do Brasil, em 07 de Setembro de 1822, impeditiva da vigência na recém-liberta colônia de além-mar. O fato é que a Constituição Portuguesa de 1822 produziria seus regulares efeitos a partir de 23 de Setembro de 1822, notadamente pouco mais de duas semanas após a Independência do Brasil, de sorte que se a Constituição Portuguesa de 1822 não produziu seus regulares efeitos no Brasil, ao menos serviu de inspiração para a Assembleia Constituinte Brasileira. Esta, no entanto, não concluiu seus trabalhos em face da dissolução por D. Pedro I que fez instaurar, meses mais tarde, o texto excepcional – imperial – de 1824, com a previsão do poder moderador na separação dos poderes políticos como se observa desde o art. 10 com a previsão de divisão quaternária dos poderes políticos em: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. De concreto, a dinâmica constitucional levava a um desequilíbrio na relação entre eles, uma vez que o Poder Moderador fora criado para ser “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” (art. 98). A reboque do Moderador, o Imperador ainda conservava, em nome próprio, o executivo (art. 102), bem como controlava por forças transversas os demais, de sorte que o Legislativo era dedicado à Assembleia Geral formada, no modelo bicameral, pela Câmara de Deputados e pelo Senado (art. 14), cujos actos prescindiam da chancela, via sanção do Imperador (art. 13); e o Judicial era formado, principalmente, por magistrados nomeados pelo Imperador (art. 102, III), de cargo perpétuo (art. 153), passíveis de suspensão (art. 154) ou de afastamento (art. 155).

⁵ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justica, e Equidade” (manteve-se a grafia original).

⁶ Das várias disposições, especificamente sobre a vigência da legislação anterior, a [uma das] Lei[s] de 20 de outubro de 1823 declarava “em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados”. (Collecção das Leis do Imperio Brazil: 1823, parte 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, p. 7).

⁷ Além da adoção da legislação portuguesa vigente antes de 1821, resolveu-se pelo Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, auferir força de lei, no Brasil, aos assentos expedidos pela Casa de Suplicação de Lisboa e delegar a competência ao

Qual pese a timidez legislativa ante a ordem constitucional de 1824, o movimento de codificação cumpriu seu múnus com a criação de três Códigos formais: o Código Criminal do Império do Brasil, pela introdução da Lei de 16 de dezembro de 1830; o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, nos limites da Lei de 29 de outubro de 1832⁸; e, o Código Comercial instituído pela Lei n° 556, de 25 de junho de 1850.

No âmbito do Código Comercial, incluiu-se um Título Único que, dentre outras iniciativas, zelou pela “ordem do juízo nas causas comerciais” (art. 22 ao art. 30), cujo art. 27⁹ antevia a orientação para regulamentação normativa do “processo comercial” enquanto “ordem do juízo”, o que ocorreu efetivamente com o Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850¹⁰ (popularmente denominado Regulamento 737¹¹).

Em reconhecimento da insuficiência das diretrizes Criminais e Comerciais deslocadas ao Direito Civil e ao seu Processo, agravada pela direta e clara ordem constitucional de instituição de um Código

Supremo Tribunal de Justiça para emitir seus próprios assentos. (Collecção das Leis do Imperio Brazil de 1875, Tomo XXIV, partes 1 e 2, v. 1, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876, p. 183).

⁸ Responsável por reger, não só o procedimento criminal, mas também as disposições provisórias sobre a administração da Justiça Civil, como se vê no Título Único [final] dedicado às disposições provisórias concernentes à administração da Justiça Civil.

⁹ Lei n° 556/1850 [CCom], “Art. 27 – O Governo, além dos Regulamentos e Instruções da sua competência para a boa execução do Código Comercial, é autorizado para, em um Regulamento adequado, determinar a ordem do Juízo no processo comercial; e particularmente para a execução do segundo período do artigo 1° e artigo 8°, tendo em vista as disposições deste Título e as do Código Comercial; e outro sim para estabelecer as regras e formalidades que devem seguir-se nos embargos de bens, e na detenção pessoal do devedor que deixa de pagar divida comercial”.

¹⁰ De iniciativa do Ministro da Justiça, Euzebio de Queiroz Coitinho Mattoso Camara, contava estruturalmente com 743 artigos distribuídos em três partes representativas de uma complexa relação entre ações e processos, típica da técnica jurídica ibérica da época, assentada no “procedimento romano-canônico de direito medieval” (José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, v.1, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 128).

¹¹ O Regulamento 737 foi complementado e fortalecido pelo Decreto n° 738, de 25 de novembro de 1850, referente à regulamentação dos Tribunais de Comércio e dos processos das quebras [falências].

Civil autônomo que, notadamente, regulamentasse seu Processo (art. 179, XVIII), deu-se um importante passo para a satisfação da norma constitucional com a sanção da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871¹², quando se implementou uma onda de reformas na estrutura judiciária (lê-se nos artigos 22 à 26¹³ as disposições concernentes ao Direito Civil e no art. 27¹⁴ aquelas direcionadas ao Processo Civil).

¹² A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi regulamentada pelo Decreto nº 4824, de 22 de novembro de 1871.

¹³ “DAS ATTRIBUIÇÕES CIVEIS. [...] Art. 22. Aos Juizes de Paz compete o julgamento das causas cíveis até o valor de 100\$ com appellação para os Juizes de Direito. [...] Art. 23. Aos Juizez Municipaes compete: [...] §1º. O preparo de todos os feitos que cabem ao Juiz de Direito julgar. [...] §2º. O processo e julgamento das causas cíveis do valor de mais de 100\$ até 500\$, com appellação para os Juizes de Direito. [...] §3º. A publicação e execução das sentenças cíveis, podendo ser perante elles interpostos e preparados os recursos que dellas couberem. [...] Art. 24 Aos Juizes de Direito compete: [...] §1º. O julgamento em 1ª. instancia de todas as causas cíveis nas respectivas comarcas, e o preparo das mesmas nas comarcas de que trata o art. 1.º desta Lei. [...] Inclue-se nessa competencia o julgamento das partilhas, contas de tutores, bem como qualquer outra decisão definitiva que ponha termo á causa em 1ª instancia. [...] §2º. A decisão dos aggravos interpostos dos Juizes inferiores. [...] §3º. A decisão das suspeições postas aos Juizes inferiores. [...] Art. 25. Os Juizes de Direito nas Comarcas de que trata o art. 1º poderão ser auxiliados pelos seus substitutos no preparo e instrucção dos feitos cíveis até qualquer sentença exclusivamente. [...] Art. 26. As suspeições em materia civil postas aos Juizes de Direito serão decididas pelo modo determinado no art. 11 desta Lei”. (Colleção das Leis do Imperio do Brazil: 1871, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871, p. 136).

¹⁴ “DO PROCESSO CIVEL [...] Art. 27. Nas causas até 100\$ o processo será summarissimo e determinado em regulamento pelo Governo. [...] Nas causas de mais de 100\$ até 500\$ seguir-se-ha o processo summario estabelecido no Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850, arts. 237 até 244, salvo tratando-se de bens de raiz. [...] §1º O Juiz de 1ª instancia que tiver em sua conclusão o feito, o despachará no prazo de 60 dias o mais tardar, quando a sentença fôr definitiva e nos mais casos no prazo de 10 dias. [...] §2º. Das justificações feitas em qualquer juízo não se deixará traslado, salvo quando a parte o pedir. [...] §3º. Ficam abolidos os dias denominados de côrte, de que trata a Ord. Liv. 3º Tit. 1º. [...] §4º. Os feitos cíveis serão na Relação vistos e julgados por tres Juizes, incluindo o relator, que deverá fazer por escripto o relatorio da causa estabelecido pelo Regulamento do Processo Commercial. [...] §5º O Juiz do Feito o apresentará com o relatorio dentro de 40 dias contados daquelle em que lhe fôr distribuido; podendo o presidente da Relação prorogar este prazo ao seu prudente arbitrio por mais 20 dias. [...] §6º Os revisores terão sómente 20 dias para a revisão, os quaes do mesmo modo poderão ser prorogados até 30. [...] §7º Das sentenças dos

Com a instauração da República – instituída de Direito pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 – maior atenção se deu ao tema, para além da reestruturação político-normativa fundamentada na destituição do poder político do domínio do Imperador para centralizá-lo em mãos da “Nação Brasileira” (art. 1º), em vias de ser exercido sob a forma de federação (art. 7º), uma vez que as antigas Províncias deixavam de existir para dar lugar aos Estados Federados que, reunidos, passavam ao reconhecimento como “Estados Unidos do Brasil” (art. 2º); além de cada ente conservar sua soberania (art. 3º) a ser dividida com o governo central posto a cargo dos interesses da federação conforme dispusesse o Congresso Constituinte (art. 4º)¹⁵.

No que concerne ao movimento de codificação dedicado à matéria civil, expediu-se, em 19 de setembro de 1890, o Decreto nº 763 mandando aplicar o Regulamento nº 737/1850 a todas as causas desta natureza. Destarte, passava o Brasil a ter seu primeiro “Código” de Processo Civil¹⁶.

Em 11 de outubro de 1890 expediu-se o Decreto nº 848 responsável pela organização da Justiça Federal – cuja competência foi firmada no

Juizes de Direito em causa de valor até 500\$ não haverá appellação”. (Collecção das Leis do Imperio do Brazil: 1871, cit., p. 136).

¹⁵ Vejam-se os textos: “Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira – a Republica Federativa. [...] Art. 2º. As provincias do Brazil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brazil. [...] Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará opportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais. [...] Art. 4º. Emquanto, pelos meios regulares, não se proceder á eleição do Congresso Constituinte do Brazil, e bem assim á eleição das legislaturas de cada um dos Estados, será regida a nação brasileira pelo Governo Provisorio da Republica; e os novos Estados pelos governos que hajam proclamado ou, na falta destes, por governadores delegados do Governo Provisorio. [...] Art. 7º. Sendo a Republica Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisorio não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrario á fôrma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamiento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo suffragio popular.”

¹⁶ “Poucos anos após, surge o famoso Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, destinado a disciplinar tão-só o processo das causas comerciais. Com a República, ele se estendeu às causas civis e foi, assim, o veículo como o direito comum se infiltrou em toda a legislação processual, da fase republicana anterior ao estatuto processual de 1940”. (José Frederico Marques, Manual..., cit., p. 54).

art. 97¹⁷ e ratificada no art. 116¹⁸ – que passava a ser formada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹ e pelos Juízos de Secção²⁰ (art. 1^{o21}).

O Decreto n^o 848/1890 foi revisto e renovado²² com a edição da Lei n^o 221, de 20 de novembro de 1894, sendo certo que zelou pela sistematização das matérias – muito devido a autorização concedida pela Constituição de 1891 para fins de organização das justiças e sobre o poder de edição de Códigos locais²³ –. O caminho trilhado foi a edição do Decreto n^o 3.084, de 05 de novembro de 1898, dedicado à consolidação das leis concernentes à Justiça Federal.

Nos domínios constitucionais, foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição Republicana do Brasil que, perseguindo a forma federativa, zelou pela distribuição de competências entre a União Federal e os Estados-membros, além de conservar uma estrutura dual para o Poder Judiciário em que ao lado da estrutura estadual deveria conviver harmonicamente a estrutura federal.

¹⁷ Dec. n^o 848/1890, “Art. 97. Todas as questões de natureza civil ou commercial, que recahem sob a jurisdição dos tribunais federaes, serão processadas e julgadas de accordo com as prescripções da presente lei”.

¹⁸ Dec. n^o 848/1890, “Art. 116. Todas as questões de natureza civil e commercial serão propostas no juizo federal, quando recaiam sob sua jurisdição, por meio de acção ordinaria, summaria e executiva”.

¹⁹ Dec. n^o 848/1890, “Art. 5.º O Supremo Tribunal Federal terá a sua séde na capil”l da República e compor-se-há de quinze juizes, que po- derão ser tirados dentre os juizes seccionaes ou dentre os eída- dãos de notavel saber e reputação, que possuam as condições de elegihilldade para o Senado”.

²⁰ Dec. n^o 848/1890, “Art. 13. Cada Estado, assim como o Districto Federal, formará uma secção judicial, tendo por séde a respectiva capital, com um só juiz.”; e, “Art. 14. Os juizes de secção serão nomeados pelo Presidente da Republica dentro os cidadãos habilitados em direito com pratica de quatro annos, pelo menos, de advocacia ou de exercício de magistratura, devendo ser preferidos, tanto quanto possível, os membros actuaes desta”.

²¹ Dec. n^o 848/1890, “Art. 1.º A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulos - Juizos de Secção”.

²² Lei n^o 221/1894, “Art. 1º. O decreto n^o 848 de 11 de outubro de 1890 continuará a reger a organização e processo da justiça federal em tudo que não for alterado pela presente lei”.

²³ Lei n^o 221/1894, “Art. 87. É autorizado ao Poder Executivo: 2º. A proceder à consolidação sistemática de todas as disposições vigentes sobre organização da justiça e processo federal;”.

Pontualmente sobre a codificação, cuidou-se, no texto original, de preservar a autonomia legislativa de cada ente federado, de sorte que seria de competência privativa do Congresso Nacional: “Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”, nos termos do art. 34, 23, da Constituição de 1891.

Instaurada a era constitucional republicana, sancionou-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, responsável por introduzir no ordenamento jurídico o “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”²⁴ com a missão de regular “os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (art. 1º).

Ressalta-se que, mesmo com a sanção do Código Civil, o Código de Processo Civil ainda padecia com a descentralização, tanto política (cada Estado membro tinha autorização constitucional para elaborar o seu diploma local), quanto sistemática (carência de uma identidade que levasse ao tratamento uníssono da matéria²⁵), sendo certo que a Constituição de 1934 e, mais tarde, a de 1937 – daí por diante, todas as sucessoras –, cuidaram de centralizar o poder legiferante nas mãos do legislativo federal, o que permitiu a criação de um código para todo o território nacional²⁶.

²⁴ Quanto à estrutura, fora dividido em uma “Lei de Introdução” com 21 artigos e o Código em si com 1807 artigos distribuídos em três partes: a Geral, subdividida em três livros – o primeiro, “Das Pessoas” (art. 2º ao art. 42); o segundo, “Dos Bens” (art. 43 ao art. 73); o terceiro, “Dos Factos Juridicos” (art. 74 ao art. 179) –; a Especial, subdividida em quatro livros – o primeiro, “Do Direito de Família” (art. 180 ao art. 484); o segundo, “Do Direito das Coisas” (art. 485 ao art. 862); o terceiro, “Do Direito das Obrigações” (art. 863 ao art. 1571); o quarto, “Do Direito das Sucessões” (art. 1572 ao art. 1805); e as disposições finais (art. 1806 e art. 1807).

²⁵ Lia-se no art. 75 (“A todo o direito corresponde uma cação, que o assegura”) e no art. 76 (“Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral”), comandos eminentemente processuais a se imiscuírem nos domínios materiais.

²⁶ “Nos limites dos estados-membros, quase todos se reportaram ao Regulamento nº 737/1850 ou ao Decreto nº 3.084/1898, haja vista o despreparo técnico-jurídico de seus legisladores e da inovação trazida pela Carta Constitucional de 1891, sendo certo que somente a Bahia e São Paulo trouxeram algumas novidades em atenção ao movimento europeu. [...] Pois bem, demonstrado o fracasso do modelo de descentralização legislativa o que decretou o extermínio do dualismo processual, a Constituição Federal de 1934 tratou de unificar e determinar como competência exclusiva da União legislar sobre o direito processual, conforme se abstrai do art. 5º, XIX, ‘a’.

Percebe-se, pois, que sobre a regra de centralização do poder legiferante em que somente a União – competência constitucional exclusiva – poderia legislar sobre direito processual – dentre outras matérias –, consagrada na Constituição de 1934 (art. 5º, XIX, “a”²⁷) e renovada na Constituição de 1937 (art. 16, XVI²⁸), veio à publicação o Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, instituindo o primeiro Código formalmente dedicado ao Processo Civil²⁹.

[...] Vale dizer que o movimento foi tão latente que o art. 11 do ADCT daquela Carta Política mandou que ‘O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal’. [...] Desta feita, a comissão responsável pela elaboração do código de processo civil foi composta por Levi Carneiro, Artur Ribeiro e Carvalho Mourão, cujos trabalhos foram prejudicados por embates ideológicos e pelo golpe de 1937 que derivou na outorga da Nova Constituição de 10 de novembro do mesmo ano. [...] Dentre as reformas, suprimiu-se a autonomia da justiça federal, mas se manteve a competência exclusiva da União em legislar sobre o direito processual (CFB/1937, art. 16, XVI), o que permitiu ao então ministro da justiça Francisco Campos acolher o projeto apresentado por Pedro Batista Martins e, após a revisão exarada por ele, Guilherme Estellita e Abgar Renault, submetê-lo ao crivo presidencial, o que derivou na edição do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939” (Alex Sander Xavier Pires, et al., *Sistema de Antecipação de Tutela*, Rio de Janeiro, Armazém das Letras, 2008, p. 17).

²⁷ CRFB/1934, “Art 5º – Compete privativamente à União: XIX – legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;”.

²⁸ CFB/1937, “Art 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XVI – o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;”.

²⁹ O Código de Processo Civil de 1939 – CPC/1939 –, estruturalmente, passou a vigorar com 1.052 artigos divididos em dez livros: Livro I – Disposições Gerais (art. 1º ao art. 152); Livro II – Do Processo em Geral (art. 153 ao art. 290); Livro III – Do Processo Ordinário (art. 291 ao art. 297); Livro IV – Dos Processos Especiais (art. 298 ao art. 674); Livro V – Dos Processos Acessórios (art. 675 ao art. 781); Livro VI – Dos Processos da Competência Originária dos Tribunais (art. 782 ao art. 807); Livro VII – Dos Recursos (art. 808 ao art. 881); Livro VIII – Da Execução (art. 882 ao art. 1030); Livro IX – Do Juízo Arbitral (art. 1031 ao art. 1046); e, Livro X – Das Disposições Finais e Transitórias (art. 1047 ao art. 1052).

De marcante, o Código de Processo Civil foi instituído por uma forma legislativa atípica, o Decreto-Lei, validado pelo art. 180 da Constituição de 1937³⁰, mas injustificado sobre o ponto de vista da gestão popular dos atos públicos, haja vista que se trata de um ato do chefe do executivo (*in casu*, o Presidente da República, Getúlio Vargas, acolhendo o Projeto do Ministro da Justiça, Francisco Campos) sobre matéria a ser submetida ao legislativo sem lhe ser posta a apreciação, tornando o ato praticamente unilateral e pessoal, cujo texto transpõe duas características das ordens anteriores: “A um, que se continuava a defender uma autonomia legislativa entre os direitos civil e comercial³¹; a dois, que ainda se confundiam temas de direito civil com o seu respectivo direito processual³²”³³.

Sob a normatização da Constituição de 1946 que acolheu o CPC/1939, o avanço ao desenvolvimento institucional até então implementado³⁴, sofreu violento retrocesso com o Golpe Militar de 1964 responsável pela instauração do regime autoritário de exceção

³⁰ CFB/1937, “Art 180 – Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

³¹ Inteligência interpretativa do art. 1º do CPC/1939: “O processo civil e comercial, em todo o território brasileiro, reger-se-á por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituam objeto de lei especial.”

³² Inteligência interpretativa do art. 2º do CPC/1939: “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral” que reproduzia o teor do art. 76 do CCB/1916. Destaque-se o contraponto doutrinário que bem faz divergir a posição dos civilistas da dos processualistas: para Pontes de Miranda: “Se o interesse é legítimo, a lei o protegeu, é interesse que ela tem como direito, pretensão, ação, ou exceção. Intruso o adjetivo, ou sem sentido. Traduzindo o texto italiano, que o inspirou, Clóvis Beviláqua meteu esse ‘legítimo’ que lá não estava. Se só os interesses ‘legítimos’ autorizassem a propositura das demandas, ser autor seria ter razão; portanto, todo o processo seria coisa inútil.” (Francisco Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 101); em contra-ponto, defendia Beviláqua: “O interesse legítimo é a razão de ser da ação, a *ratio agendi*, o motivo que justifica a reclamação ao poder judiciário. Não basta ter o direito, para propor a ação; é preciso que haja interesse, motivo, razão de propô-la. Aparece o interesse, quando o direito está ameaçado ou já foi lesado.” (Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 2 tir, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, p. 321).

³³ Alex Sander Xavier Pires, Sistema..., *cit.*, p. 19.

³⁴ Veja-se o movimento de crescimento político-jurídico do Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo a crise judiciária advinda da inflação processual adequou

que suspendeu os direitos constitucionais preparando a outorga das Cartas Políticas sucessoras: primeiro, a Constituição de 1967 acoiada numa série de Atos Institucionais que legitimavam o governo arbitrário; e, depois, a EC nº 1/1969, que, propondo a reestruturação da ordem constitucional vigente, implementou-lhe mudanças substanciais permitindo o reconhecimento como verdadeira nova Constituição³⁵.

Normativamente, o Golpe veio a cabo com a edição do Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, que, sinteticamente, manteve as Constituições de 1946 e as estaduais, bem como restringiu a função do Presidente da República; enquanto, politicamente, a Constituição de 1946 foi superada pela Constituição de 1967, imposta em 24 de janeiro de 1967, mas com produção de efeitos a partir de 15 de março de 1967 (art. 189³⁶).

Após a vasta publicação de Atos Institucionais restritivos de direitos e impositivos de condutas³⁷, em 17 de outubro de 1969 foi editada a Emenda Constitucional nº 1 instituindo uma novel ordem constitucional vigente a partir de 30 de outubro do mesmo ano (art. 2^o³⁸). Neste ambiente, a leitura constitucional do regime de exceção (1967 e 1969) substitutivo de um regime popular inspirador dos princípios democráticos (1946), merece duas pontuais considerações: a) manteve-se a forma

seu método de trabalho para admitir as Súmulas de Jurisprudência Predominante em fortalecimento aos precedentes judiciais.

³⁵ “Preferimos denominar de Constituição a Carta Constitucional de 1969, tantas foram as alterações feitas, no texto emendado de 24 de janeiro de 1967, pela Junta Militar integrada por Augusto Rademaker Grünewald, Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Souza Mello”. (J. Cretella Junior, *Comentários à Constituição de 1988*, v.1, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 45).

³⁶ Constituição de 1967, “Art 189 – Esta Constituição será promulgada, simultaneamente, pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional e entrará em vigor no dia 15 de março de 1967”.

³⁷ Dentre os Atos Institucionais, o mais marcante quanto aos direitos individuais foi o AI nº 5/1968 que suspendeu os direitos e as garantias individuais sob a bandeira de controle dos direitos políticos como mecanismo hábil para conter as insurgências contra as instituições.

³⁸ EC nº 1/1969, “Art. 2º. A presente Emenda entrará em vigor no dia 30 de outubro de 1969”.

federativa³⁹ com a divisão da estrutura judiciária pelo sistema dual em que os órgãos federais deveriam conviver harmonicamente (pelas regras de competência) com os estaduais, sedo certo que o Supremo Tribunal Federal continuaria a integrar, em grau de superposição, a organização judiciária; b) a competência constitucional exclusiva para legislar sobre matéria processual civil continuava em mãos do poder legislativo federal.

Eis o ambiente em que se promoveu a reforma processual civil com a revogação do Decreto-Lei nº 1.608/1939 pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, sancionada pelo Presidente Emílio Garrastazu Médici, após acolher o Projeto de Lei elaborado por Alfredo Buzaid – elevado à função de Ministro da Justiça – que passara pela revisão intelectual de José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade, nos termos da Mensagem de encaminhamento à votação no Senado pelo Presidente da República nº 210, de 02 de agosto de 1972.

Doutrinariamente, o Código de 1973, de pontual necessidade⁴⁰, procurou adequar a ordem anterior, corrigindo-lhe as falhas e acrescentando-lhe institutos para suprir deficiências, de sorte que “trouxe completa reforma no processo de execução e no cautelar” e “deu ordenação sistemática aos procedimentos de jurisdição voluntária, o

³⁹ As Constituições de 1967 e de 1969 conservam o mesmo texto para o art. 1º: “O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

⁴⁰ Na exposição de motivos assinada por Alfredo Buzaid, percebe-se, desde as primeiras linhas, a preocupação em justificar os motivos da elaboração de um novo Código e, não simplesmente de impor ajustes à ordem anterior: “Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.” (Alfredo Buzaid, Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 1973, In, Histórico da Lei, Senado Federal, Código de Processo Civil, v. I, Tomo I, Brasília, Gráfica do Senado, 1974, p. 9 – 32, p. 10).

que até então não se continha em nenhuma lei ou código pretérito”⁴¹; enquanto, estruturalmente, dividiu-se em cinco Livros: I – Processo de Conhecimento (art. 1º ao art. 578); II – Processo de Execução (art. 579 ao art. 807); III – Processo Cautelar (art. 808 ao art. 909); IV – Procedimentos Especiais (art. 910 ao art. 1226); V – Disposições Finais e Transitórias (art. 1227 ao art. 1236).

Ocorreu que, antes mesmo de findar a *vacatio legis*, já se teve notícia de reforma do Código de 1973⁴²; e, desde então, sucedeu-se um histórico de constantes inovações que chegaram a sessenta e cinco⁴³ até o levantamento legislativo que serviu de base para o Parecer nº 1.624/2010⁴⁴ aprovado no Senado Federal.

As principais alterações ocorreram depois da promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988⁴⁵, especialmente quanto ao movimento de reforma judiciária como forma de equilibrar as três funções públicas fundamentais, haja vista que o Poder Judiciário fora renegado no ato de elaboração da Carta Política⁴⁶, o que deu

⁴¹ José Frederico Marques, Manual..., cit., p. 64).

⁴² Vide Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973, responsável pela retificação de inúmeros dispositivos da Lei nº 5.869/1973. Há que se registrar que a produção de efeitos dar-se-ia em 1º de janeiro de 1974 (CPC/1973, art. 1220).

⁴³ Limitado à Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010, que “transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

⁴⁴ Diário do Senado Federal nº 201, de 07 de dezembro de 2010, p. 56.072 – 56.078.

⁴⁵ Há que se dizer que o processo de elaboração da Constituição de 1988 se iniciou com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte com a EC nº 26/1985.

⁴⁶ “A timidez com que o governo brasileiro vem atendendo a necessidade de modernização de nosso aparelhamento Judiciário tem sido, sem dúvida, a causa da crise avassaladora em que há muitos anos se esbate a nossa Justiça. Quase sempre tardia, deixa que esta se embarace na inabilidade e incompetência das partes, e sofre hoje, mais do que nunca, o impacto arbitrário do Poder, representado por seus órgãos de segurança, que não vacilam em usar de prepotência, negligenciando conscientemente todo o elenco dos direitos humanos. Desprovidos de garantias, são poucos, muito poucos os que não cruzam os braços, à espera que acabe a avalanche.” (Diário do Congresso Nacional, Seção I, ano XLVII, nº 58, Brasília, 01/05/1992, p. 7850); e prossegue, “[...] a administração da Justiça é problema que a todos interessa. Não basta que o Legislativo elabore as leis e o Executivo as sancione. É preciso que o Judiciário assegure a sua execução em cada caso concreto. A norma jurídica só ganha corpo e

azo a tramitação da PEC nº 96/1992 de autoria do Deputado Helio Bicudo.

Nos domínios da PEC nº 96/1992 nasceram duas Emendas Constitucionais importantíssimas para o Processo Civil Brasileiro: a nº 3/93, dedicada, entre outros temas, à releitura do controle concentrado de constitucionalidade⁴⁷; e, a nº 45/2004, realmente voltada à reforma judiciária, em nível, inclusive, principiológico⁴⁸.

Ao lado da repercussão constitucional sobre a necessidade de reforma institucional judiciária, ganhava força o movimento de adequação instrumental do Código de Processo Civil que impôs diversas alterações, com ênfase⁴⁹ na: Lei nº 8.455/1992⁵⁰, Lei nº 8.637/1993⁵¹, Lei nº 8.710/1993⁵², Lei nº 8.718/1993⁵³, Lei nº 8.898/1994⁵⁴,

produz efeitos quando fielmente aplicada. É através dos julgados que os direitos se tornam incontestáveis e a vontade de seus titulares se apresenta em forma coercitiva. As decisões dos juízes e tribunais são, portanto, a última etapa da vida do Direito. [...] (Diário do Congresso Nacional, Seção I, ano XLVII, nº 58, Brasília, 01/05/1992, p. 7851).

⁴⁷ Percebe-se que a preocupação se restringiu ao controle de constitucionalidade concentrado por duas vertentes: a) aumentar o rol e sistematizar as ações, de sorte que ao lado das ações de inconstitucionalidade [genérica ou por ação], de inconstitucionalidade por omissão e a de descumprimento de preceito fundamental, passava a conviver a declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); e, b) as medidas passavam ser oponíveis “contra todos” – inclusive o Estado e os poderes que lhe compõem – e “de efeito vinculante” – cumprimento obrigatório.

⁴⁸ Mandou incluir o inciso LXXVIII no art. 5º da CRFB/1988, para constitucionalização do princípio da razoável duração do processo como qualidade da celeridade processual, sob o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁹ O rol completo das sessenta e cinco leis reformadoras se encontra, como dito, no Diário do Senado Federal nº 201, de 07 de dezembro de 2010, p. 56.072 – 56.078.

⁵⁰ Lei nº 8.455, de 24 de agosto de 1992 – alterou o procedimento para nomeação do perito judicial e a realização de seu múnus (colheita da respectiva prova).

⁵¹ Lei nº 8.718, de 14 de outubro de 1993 – possibilitou o aditamento da exordial antes da citação válida sem a anuência do réu.

⁵² Lei nº 8.710, de 24 de setembro de 1993 – modificou e ampliou os limites das citações e das intimações pelo correio.

⁵³ Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993 – inseriu a nova aplicação do princípio da identidade física do juiz de direito.

⁵⁴ Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994 – reformou a liquidação de sentença.

Lei nº 8.950/1994⁵⁵, Lei nº 8.951/1994⁵⁶, Lei nº 8.952/1994⁵⁷, Lei nº 8.953/1994⁵⁸, Lei nº 9.040/1995⁵⁹, Lei nº 9.079/1995⁶⁰, Lei nº 9.139/1995⁶¹; Lei nº 9.245/1995⁶²; Lei nº 9.307/1996⁶³; Lei nº 10.173/2001⁶⁴, Lei nº 10.352/2001⁶⁵; Lei nº 10.358/2001⁶⁶; Lei nº 10.444/2002⁶⁷; Lei nº 11.232/2005⁶⁸;

⁵⁵ Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994 – reformou os recursos em espécies e parte de sua teoria geral.

⁵⁶ Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994 – alterou os dispositivos sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião.

⁵⁷ Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 – alterou os processos de conhecimento e cautelar, com ênfase na inclusão do art. 273 versando sobre a tutela antecipada.

⁵⁸ Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994 – alterou o processo de execução.

⁵⁹ Lei nº 9.040, de 9 de maio de 1995 – acrescentou como matéria que deveria seguir o procedimento comum sumaríssimo – ainda não reformado com um todo – as causas que versassem sobre a revogação de doação fundadas na premissa de ingratidão.

⁶⁰ Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995 – acrescentou ao CPC os dispositivos concernentes a ação monitória.

⁶¹ Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995 – implementou as mudanças estruturais no agravo de instrumento.

⁶² Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995 – alterou o *nomen iuris* do procedimento sumaríssimo para sumário em adequação aos preceitos constitucionais ínsitos no art. 98, I da Carta Política de 1988 e da sanção da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

⁶³ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – que promoveu a revogação do art. 972 ao art. 1.102 do CPC, instituindo uma nova regulamentação para a arbitragem.

⁶⁴ Lei nº 10.173, de 09 de janeiro de 2001 – alterou o Código de Processo Civil para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

⁶⁵ Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 – promoveu a reforma recursal e incluiu modificações no reexame obrigatório.

⁶⁶ Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 – alterou o processo de conhecimento.

⁶⁷ Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002 – promoveu a alteração do processo de conhecimento (especialmente a tutela antecipada) e de execução (fez incluir o art. 461-A que versa sobre os dispositivos específicos referentes a execução para entrega de coisa).

⁶⁸ Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 – alterou o Código de Processo Civil para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, bem como reformular a liquidação de sentença e modificar a base conceitual das sentenças.

Lei nº 11.276/2006⁶⁹; Lei nº 11.277/2006⁷⁰; Lei nº 11.280/2006⁷¹; Lei nº 11.341/2006⁷²; Lei nº 11.382/2006⁷³; Lei nº 11.418/2006⁷⁴; Lei nº 11.419/2006⁷⁵; e, Lei nº 11.441/2007⁷⁶.

A reboque da perda de identidade do CPC/1973 – com prejuízos consequentes à sistematicidade e à organicidade – por força das alterações, e, principalmente, da orientação de adequação à norma constitucional, inclusive quanto a dedicação do Poder Judiciário ao dever de prestar uma jurisdição mais célere sem se olvidar da segurança jurídica imposta pelo devido processo legal nos domínios do contraditório e da ampla defesa, veio à lume o processo legislativo garantido, pela primeira vez na história do Processo Civil Brasileiro, pela Constituição de 1988 de notória inspiração democrática.

Neste ambiente, partindo-se da regra de competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria processual (CRFB/1988, art. 22,

⁶⁹ Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006 – alterou os arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação.

⁷⁰ Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006 – inclui o art. 285-A no CPC que versa sobre o julgamento de improcedência de plano, dispensada a citação (súmula monocrática).

⁷¹ Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 – alterou os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 do Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 do Código Civil/2002.

⁷² Lei nº 11.341, de 07 de agosto de 2006 – modificou o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial.

⁷³ Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006 – reformulou a execução civil, especialmente aquelas que se fundam em títulos executivos extrajudiciais.

⁷⁴ Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006 – acrescenta ao CPC dispositivos referentes a regulamentação do art. 102, §3º da Carta Magna de 1988 (súmula vinculante).

⁷⁵ Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 – dispõe sobre a informatização do processo judicial.

⁷⁶ Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007 – alterou o Código de Processo Civil para possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

I⁷⁷), o Senado Federal convocou uma Comissão de Juristas que, legitimamente constituída (ATS n° 379, de 30 de setembro de 2009), elaborou Anteprojeto entregue ao Presidente do Senado, José Sarney, em 08 de junho de 2010. Feito o depósito, o documento foi encaminhado à Mesa do Senado Federal – impondo-lhe a condição de Casa iniciadora (CRFB/1988, art. 61) –, para posterior análise do já catalogado Projeto de Lei do Senado [PLS] n° 166/2010.

A aprovação do Parecer do Relator-Geral, Valter Pereira, levou a consequente aprovação do PLS n° 166/2010, em 15 de dezembro de 2010, obrigando a remessa à Câmara dos Deputados para que procedesse a revisão do texto (CRFB/1988, art. 65). Nesta ocasião, o PLS n° 166/2010 dera lugar ao PLC⁷⁸ n° 8.046/2010, até que, em 27 de março de 2014, aprovou-se o Substitutivo ao texto de lei originário com inúmeras emendas, motivando o regresso à Casa iniciadora (CRFB/1988, art. 65, parágrafo único).

De volta ao Senado Federal, o Substitutivo ao PLS n° 166/2010 foi reapreciado para definitiva aprovação em 17 de dezembro de 2014, com o posterior envio à Presidência da República para a sanção (CRFB/1988, art. 66), o que ocorreu, fazendo-se uso do expediente de veto parcial (CRFB/1988, art. 66, §§1° e 2°), em 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano.

2. Código Democrático: a audiência pública como fator de integração cidadã⁷⁹

A dinâmica de sanção da Lei n° 13.105/2015, instituidora do Novo CPC, permite afirmar que, diferente dos diplomas anteriores, observou-se o processo legislativo devidamente justificado por valores demo-

⁷⁷ CRFB/1988, “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”.

⁷⁸ Projeto de Lei da Câmara.

⁷⁹ Inspirado em: Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, Código de Processo Civil – Doutrina e Anotações, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015, p. 3 e ss.

cráticos garantidos constitucionalmente, não só por ter cumprido fielmente as disposições legais⁸⁰, mas por ter envolvido os mecanismos de representação popular⁸¹.

Em referência aos diplomas anteriores, percebe-se que o CPC/2015, efetivamente, pode ser considerado o único Código de Processo Civil brasileiro realmente democrático em comparação com seus pares (CPC/1939 e CPC/1973): seja porquê foi legislado sob ordem constitucional democrática instituída pela CRFB/1988⁸²; seja por ter sido fruto de movimentação social de instigação do poder público para suscitação dos valores de cidadania que repercutiu nos ambientes, público e privado, inclusive para debates sobre questões institucionais de interesses pontuais⁸³.

A possibilidade de o cidadão participar, institucional ou pessoalmente, para além da ratificação das premissas democráticas por destaque dos valores imanentes a cidadania, constituiu-se em ícone do processo de elaboração do novo Código, haja vista que todas as fases de discussão⁸⁴ foram marcadas pelo debate (audiências públicas, plenárias e parlamentares), pela transparência dos atos (manteve-se um

⁸⁰ Registra-se que tramitou perante o Poder Legislativo Federal – dada a natureza da matéria que impõe a competência exclusiva da União –, mediante iniciativa do Senado Federal que assumiu a condição de Casa Iniciadora para, após, submeter à revisão da Câmara dos Deputados que, em função das inúmeras emendas, impôs o regresso ao Senado para, posteriormente, ser enviado à Presidência da República que sancionou, com veto parcial, o Projeto de Lei.

⁸¹ Destaque-se: necessidade de adequação ao texto constitucional; oitiva da sociedade que clamava por reformas que garantissem um processo mais célere e conservador da equidade das decisões; instituição de Comissão de Juristas para elaboração técnica dos dispositivos; debate pelo poder público em todas as suas esferas; e, facilitação de oitiva das sugestões individuais advindas da sociedade civil.

⁸² Relembra-se que os demais nasceram em regimes de exceção: o de 1939, sobre as premissas da Constituição de 1937 que legitimou o Estado Novo; enquanto o de 1973, sobre a EC nº 1/1969 que restringiu, ainda mais, os direitos individuais para garantia do regime militar.

⁸³ Consigna-se, ademais, que os anteriores tinham nascimento quase que espontâneo uma vez que se originavam em um mentor – geralmente o Ministro da Justiça (Francisco Campos e Alfredo Buzaid) – que ganhava vida após a “vontade” do Presidente da República (Getúlio Vargas e Emílio Garrastazu Médici).

⁸⁴ Desde a Comissão de Juristas até a aprovação do Substitutivo ao PLS nº 166/2010 por força das emendas apostas no curso do PLC nº 8.046/2010.

canal de divulgação das fases e dos atos pelas vias digitais e virtuais) e pela coerência do discurso político cingida a necessidade de adequação à Constituição de 1988 – especialmente a EC nº 45/2004.

A via adotada foi a observância dos princípios de raiz – tais como a celeridade num ambiente de segurança jurídica⁸⁵ –, voltados a prestação equânime da jurisdição, entendida, principalmente, pela satisfação, o mais rápido possível, dos direitos reconhecidos em decisões judiciais (razoável duração do processo) e no tratamento igual de casos semelhantes (incidente de resolução de demandas repetitivas, especialmente para composição de contendas de massa, e de recursos – extraordinário ou especial – repetitivos).

Assim, desde a Comissão de Juristas⁸⁶ instituída pelo ATS nº 379/2009⁸⁷, já se percebe o expediente de convocação da sociedade para fins de acompanhamento efetivo do processo de elaboração do Novo Código, haja vista que, de 30/09/2011 a 08/06/2010, foram realizadas quatorze reuniões da Comissão em Brasília e oito audiências públicas distribuídas pelo Brasil⁸⁸.

O expediente não foi inusitado, uma vez que a dinâmica já havia sido antecipada desde a aprovação do Regulamento da Comissão de Juristas⁸⁹, ocorrida na 1ª Reunião Ordinária, em que se previu a realização de reuniões ordinárias em datas previamente agendadas conforme

⁸⁵ Historicamente, a relação entre o princípio da celeridade e o princípio da segurança jurídica é tensa, haja vista que se considerava que a rapidez era incompatível com a certeza. No entanto, a nova concepção profetiza que a celeridade deve ser compreendida como o tempo exigível para a razoável duração do processo, entendido como o lapso temporal necessário para que o juiz reconheça, dentro de critérios processuais, a quem assiste razão no pedido de prestação e satisfação da tutela jurisdicional, sempre observando o contraditório e a ampla defesa, na leitura do devido processo legal aposto sobre os princípios da simplicidade dos atos, conciliatório e da oralidade.

⁸⁶ A Comissão de Juristas foi composta por Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (ATS nº 379/2009, art. 2º).

⁸⁷ Diário do Senado Federal nº 153, de 03 de outubro de 2009; p. 49.265-49.267.

⁸⁸ As audiências públicas aconteceram em: Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, Brasília, São Paulo, Manaus, Porto Alegre e Curitiba.

⁸⁹ Diário de Senado Federal nº 46, de 09 de abril de 2010; p. 12.945-12.946.

cronograma oficial, nas dependências do Senado Federal (Regulamento da Comissão, art. 2º), determinando que as deliberações seriam tomadas pela maioria dos membros presentes⁹⁰, reservada a possibilidade de registro em ata das eventuais divergências mediante requerimento do interessado (Regulamento da Comissão, art. 5º); tudo em respeito à liberdade de opinião assegurada a cada membro, independente do tema, sob a ressalva de se tratar de consideração pessoal (Regulamento da Comissão, art. 6º).

Ainda nos domínios da transparência pautada na publicidade dos atos, determinou-se a socialização do Projeto por força de consulta pública razoavelmente divulgada – preferencialmente nos meios digitais e eletrônicos – que permitisse o oferecimento de sugestões e críticas pela sociedade (Regulamento da Comissão, art. 7º).

No Senado Federal o expediente não foi diferente, a Comissão Temporária⁹¹ adotou como método de trabalho a convocação da sociedade para participar do processo de elaboração da lei, em prosseguimento ao Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas e encaminhado à tramitação parlamentar pelo Presidente do Senado, de sorte que centenas de ofícios foram enviados às mais diversas autoridades⁹², além

⁹⁰ A votação final, entretanto, deveria pender a análise por grupos de dispositivos, ressalvada a possibilidade de análise isolada, como prevê o art. 8º do Regulamento da Comissão: “O texto final será submetido, no âmbito da Comissão, à votação em globo ou por grupos de dispositivos, ressalvada a possibilidade de destaque para votação em separado de artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens, mediante requerimento de qualquer de seus membros”.

⁹¹ A Comissão Temporária do Senado foi formada por Demóstenes Torres (Presidente), Antonio Carlos Valadares (Vice-Presidente e Relator-Parcial/Cumprimento de Sentença e Execução), Valter Pereira (Relator-Geral), Antonio Carlos Júnior (Relator-Parcial/Processo Eletrônico), Romeu Tuma (Relator-Parcial/Parte Geral), Marconi Perillo (Relator-Parcial/Processo de Conhecimento), Almeida Lima (Relator-Parcial/Procedimentos Especiais) e Acir Gurgacz (Relator-Parcial/Recursos).

⁹² A lista completa foi publicada no Diário do Senado Federal nº 201, de 07 de dezembro de 2010; p. 56.049 – 56.055. No entanto, há que se registrar, p. ex., a convocação de Senadores, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, Presidentes de todas as Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais, Presidentes de todos os Tribunais de Justiça, Presidentes de todos os Tribunais Regionais do Trabalho, representantes do Ministério Público

da realização de dez audiências públicas pelo Brasil⁹³, de 31/08/2010 a 21/09/2010; cinco reuniões internas da Comissão⁹⁴; e três Sessões Plenárias de discussão a partir da apresentação em Plenário do Parecer nº 1.624/2010⁹⁵, aprovado no âmbito da Comissão (de 06/12/2010 a 15/12/2010).

Na Câmara dos Deputados, pelos quase quarenta meses de tramitação do Projeto⁹⁶, percebe-se a reiteração do método de trabalho calcado no diálogo com a sociedade; afinal, procedeu-se “à oitiva de toda a inteligência jurídica do Brasil, universidades, faculdades, cursos de Direito – de pós-graduação, de mestrado, de doutorado e de pós-doutorado”, de sorte que, como informa o Presidente da Comissão, Faio Trad, “fomos às ruas para ouvir os sindicatos, as associações comunitárias, as entidades representativas da indústria, do comércio, da prestação de serviços; ouvimos a igreja, a sociedade brasileira; e formatamos um projeto que tem o retrato da pluralidade continental do Brasil”⁹⁷.

De todo o processo legislativo, a tramitação do Projeto em vias de se chegar a aprovação do texto foi mais árdua na Casa Revisora, exigindo muitos ajustes políticos e inúmeras emendas que foram negociados pela Comissão Especial⁹⁸, em várias Sessões Plenárias

dos Estados, representantes da Defensoria Pública dos Estados e diversas autoridades membros de associações.

⁹³ Duas em Brasília, e, respectivamente, uma em Recife, Belo Horizonte, São Paulo, Florianópolis, Rio de Janeiro, Salvador, Campo Grande e Goiânia.

⁹⁴ Duas de instalação e mais três de deliberação.

⁹⁵ O Parecer em sua íntegra foi publicado no Diário do Senado Federal nº 201, 2010; p. 56.039 – 56.599.

⁹⁶ O procedimento se iniciou em 22/12/2010 e se postergou até 27/03/2014.

⁹⁷ Diário da Câmara dos Deputados nº 39, de 26 de março de 2010; p. 91.

⁹⁸ A Comissão Especial foi formada por Fabio Trad (Presidente), Sérgio Barra-das Carneiro que foi substituído por Paulo Teixeira (Relator-Geral), Efraim Filho (Relator-Parcial da Parte Geral), Jerônimo Goergen (Relator-Parcial do Processo de Conhecimento e Cumprimento da Sentença), Bonifácio de Andrada (Relator-Parcial dos Procedimentos Especiais), Arnaldo Faria de Sá (Relator-Parcial do Processo de Execução) e Hugo Leal (Relator-Parcial dos Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, e Disposições Finais e Transitórias), Conforme relação contida em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>>, último acesso: 09/05/2015.

de discussão e votação desde 27/08/2013⁹⁹ até a aprovação em 26/03/2014¹⁰⁰.

3. Constitucionalização do Direito Processual Civil

O processo legislativo que culminou com a sanção da Lei nº 13.105/2015, para além da preocupação com a democratização em vias de expungir os desvios do autoritarismo perceptível na procedimento centralizado para elaboração da lei¹⁰¹ e no excesso de formalismo¹⁰²,

⁹⁹ Diário da Câmara dos Deputados nº 147, de 28 de agosto de 2013; p. 36.613 – 36.619.

¹⁰⁰ Diário da Câmara dos Deputados nº 39, de 26 de março de 2010; p. 91 – 246.

¹⁰¹ Combatida com a possibilidade de ampla participação social por meio do acompanhamento de atos e submissão de propostas em audiências públicas, enquanto meio de preservação dos valores imanentes a cidadania que fortalecem a democracia participativa.

¹⁰² “Há que se registrar que o aumento da demanda pela atuação judiciária pôs em evidência o excesso de formalismo do procedimento, o elevado custo financeiro dos processos e o arcaísmo da linguagem, além da morosidade agravada pelo aumento exacerbado do volume, isto na Europa continental ocidental e nos Estados Unidos da América do Norte”. (Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, Código de Processo Civil – Doutrina e Anotações, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015, p. 23). Para prosseguir com a pontuação de Bonafé-Schmitt: “[...] Esta política tratava de responder a um dúplice movimento de fundo aparentemente contraditório surgido em meados dos anos sessenta. É, de fato, a partir deste período que se estimulou, de uma maneira difusa, um movimento de crítica, de desconfiança no que concerne ao funcionamento do aparato judicial. A reprovação se atinha a pontos como a lentidão, o custo e a complexidade do procedimento, sem se esquecer do arcaísmo da linguagem judicial [...]”; tradução livre e pessoal de: “[...] Esta política tratava de responder a un doble movimiento de fondo, aparentemente contradictorio, que ha surgido a mediados de los años sesenta. Es, en efecto, a partir de este período que se ha catalizado, de una manera difusa, un movimiento de crítica, de desconfianza con respecto al funcionamiento del aparato judicial. El reproche se llevaba sobre un cierto número de puntos tales como el de la lentitud, del coste, de la complejidad del procedimiento, sin olvidar el arcaísmo del lenguaje judicial. [...]” (Jean Pierre Bonafé-Schmitt, *Las Justicias de lo Cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, Tradução e adaptação [ao espanhol]: F. J. Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez, España, Laboratório de Sociologia Jurídica, 1988, p. 23)

também cuidou, desde as primeiras linhas, da constitucionalização do Direito Processual Civil¹⁰³, posta no seguinte contexto:

“A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando. [...] A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas

¹⁰³ “Com tal segmentação, pretendeu-se dar coerência normativa ao regime democrático, via harmonização das normas processuais civis à Constituição, como meio de pugnar pela resolução da crise da justiça – amplamente discutida no mundo ocidental desde a segunda metade do século passado –, em que o Brasil, entorpecido pelo regime de exceção imposto pela ditadura militar, preferiu [tentar] conter as consequências sofridas pelo Judiciário (o ataque a explosão da contenciosidade judicial mediante a imposição de um Código extremamente formal), em detrimento da resolução definitiva da lide via satisfação dos direitos reconhecidos nas decisões judiciais com razoável celeridade. Em síntese, fortaleceu-se o Estado com o monopólio da jurisdição e do poder que lhe é afeto, esquecendo-se que a satisfação da função jurisdicional somente aproveita o indivíduo” (Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, *Código...*, *cit.*, p. 23).

suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”¹⁰⁴.

O fenômeno foi registrado já na redação do art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”; como consequência dos debates legislativos desde o Anteprojeto que inspirou a Exposição de Motivos que instruiu a Lei nº 13.105/2015: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”¹⁰⁵, para concluir:

“A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’”¹⁰⁶.

Discurso que foi renovado no Senado Federal por ocasião do Parecer nº 1.624/2010, elaborado pelo Relator-Geral, Valter Pereira, e aprovado pela Comissão Temporária:

“Além de todas as reformas legislativas, vale registrar ainda que a superveniência da Constituição da República de 1988 também trouxe mudanças expressivas no processo civil brasileiro. [...] A inscrição de princípios processuais no texto constitucional, no rol de direitos fundamentais,

¹⁰⁴ Luiz Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, Em, *THEMIS: Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, sem. jul./dez., 2006, p. 13-100, p. 30.

¹⁰⁵ Diário do Senado Federal nº 087, de 09 de junho de 2010, p. 26.921.

¹⁰⁶ Diário do Senado Federal nº 087, de 09 de junho de 2010, p. 26.925.

levou a um movimento que a doutrina denomina de ‘constitucionalização do processo civil’, havendo quem se refira a um Direito Processual Constitucional. [...] Essa influência do Direito Constitucional sobre o sistema processual teve um impulso significativo com a promulgação da Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004”¹⁰⁷.

E reaproveitado na Câmara dos Deputados, como se abstrai do discurso do Presidente da Comissão, Fabio Trad:

“[...] Hoje nós estamos fazendo história. A última vez que a legislatura brasileira, a Câmara dos Deputados, fez o Código de Processo Civil foi no início da década de 70. Agora, em 2014, estamos entregando para os cidadãos brasileiros um código com os braços voltados para o século XXI, ou seja, moderno, dinâmico, que prestigia a inteligência digital, que faz as partes serem protagonistas. Mais do que isso, um código constitucionalizado e com um sistema recursal racionalizado”¹⁰⁸.

No retorno ao Senado Federal, o Relator-Geral, Vital do Rêgo, persistiu no discurso de constitucionalização do Direito Processual Civil ao analisar o Substitutivo aprovado na Câmara:

“Não temos a pretensão de que isso seja a solução do problema da sobrecarga de processos, até porque tal patologia não encontra sua cura exclusivamente nas leis, mas, sobretudo, nos valores da própria sociedade. Mas – é certo – o novo Código de Processo Civil dará aos indivíduos um Processo Cidadão, assentado em seguras raízes democráticas, e deitado no leito da doutrina mais avançada, e será importante ferramenta na obtenção da duração razoável do processo. [...] Enfim, trabalhamos sempre imbuídos do propósito de atender aos anseios dos cidadãos, no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Diário do Senado Federal n° 201, de 07 de dezembro de 2010, p. 56.078.

¹⁰⁸ Diário da Câmara dos Deputados n° 039, de 26 de março de 2010, p. 92.

¹⁰⁹ Diário do Senado Federal n° 206, de 17 de dezembro de 2014, p. 218.

4. Princípio da razoável duração do processo

No ambiente de democratização na persecução da constitucionalização do Direito Processual Civil que reconhece os princípios constitucionais como de força obrigatória, não só como parâmetro para elaboração das leis, mas, especialmente, para sua aplicação mediante aposição de limites para a interpretação que leve à penetração social (desde o cumprimento espontâneo até o fundamento jurídico das sentenças) é que a Comissão de Juristas – e, mais tarde, as demais Comissões – trouxe como espírito da reforma a ideia que o processo deve ser satisfeito tão rapidamente quanto exija a sociedade¹¹⁰. Incorporava-se, assim, o princípio da razoável duração do processo como norteador dos trabalhos¹¹¹.

O princípio da razoável duração do processo foi integrado à Constituição Federal com a EC nº 45/2004, ao ser criado o inciso LXXVIII no art. 5º com a regra de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; cuja redação leva, em sentido estrito, a catalogação como princípio constitucional garantidor de direito individual fundamental protegido pela condição de cláusula pétrea¹¹².

A compreensão do princípio não é, entre tanto, de fácil assimilação, senão quando se junte a celeridade à razoabilidade. Neste contexto,

¹¹⁰ A celeridade que leva a efetividade destacada tem como elemento de análise a incorporação do bem juridicamente tutelado decretado em sentença ao domínio do titular em prazo razoável que lhe permita usufruir com presteza e satisfação.

¹¹¹ A constatação levou o Ministro Luiz Fux a afirmar que se tratava de princípio norteador do Anteprojeto, cuja natureza de cláusula pétrea, na leitura constituinte derivada, impunha-lhe a condição de ideário da nação, sempre no sentido de permitir que o processo atinja sua finalidade precípua de prestar a justiça: “[...] E V. Exas., os Srs. Senadores fizeram inserir na Constituição Federal uma cláusula pétrea, como ideário da nação, prometendo que todo o processo judicial ou administrativo tem que ter uma duração razoável” (Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.010).

¹¹² A cláusula pétrea indica a estabilidade e perpetuação de efeitos da norma constitucional, haja vista que não pode ser suprimida ou esvaziada por outras normas, ainda que seja Emenda à Constituição (CRFB/1988, art. 60, §4º, IV).

se a celeridade é de fácil percepção por indicar, objetivamente, que a intenção é de acelerar a satisfação dos direitos decretados em sentença (não só reconhecê-los) diminuindo o tempo de espera; a razoabilidade, enquanto núcleo do princípio, padece com a subjetividade que lhe é imanente, de sorte que, se a identificação do que é razoável (critério positivo) é de difícil aceção uma vez que cada indivíduo tem seu próprio sentido; aquilo que é irrazoável goza de uniforme concordância, já que todos sabem o que não é razoável¹¹³, de forma que se preferiu considerar a razoabilidade pelo critério negativo.

Dada a profundidade da análise reconheceu-se o elemento “tempo de duração do processo”, lido sobre as contingências do homem médio, como simplificador da discussão. Destarte, pretende-se que o processo se finde, definitivamente, em um ano para os processos de massa, em dois anos para os processos individuais, e em quatro anos com o esgotamento da última via recursal¹¹⁴.

Como fundamentação teórica foram invocados dois referenciais, ambos sobre a leitura da justiça como fim a ser perseguido pelo processo civil num ambiente de preservação do conteúdo material da sentença em tempo razoável: “a aceção de justiça em Hans Kelsen, nos limites do processo; e, o acesso a justiça, como delineado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth”¹¹⁵.

De Hans Kelsen veio a leitura da relativização da justiça ante a criação do direito nos limites do caso concreto¹¹⁶: “E essa justiça se

¹¹³ “Há um jurista famoso no âmbito administrativo, Afonso Queiroz, que afirma o seguinte: ‘O princípio da razoabilidade – que hoje é tão invocado –, talvez seja de difícil conceituação, porque cada um tem uma percepção sobre o que é razoável, mas todos nós sabemos o que não é razoável’, evidentemente”. (Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.011).

¹¹⁴ Leia-se a Comissão: “[...] em uma aferição do homem médio comum, para nós, razoável é que o processo, na primeira instância, se ele for um processo de massa, que interesse a milhões de brasileiros, ele deva terminar em um ano; se for um processo individual, com as suas peculiaridades, em dois anos; e o processo termine, com o último recurso, em quatro anos. Isso é o prazo razoável”.

¹¹⁵ Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, Código..., cit., p. 107.

¹¹⁶ “Na terceira parte preocupamo-nos em apresentar a visão de Kelsen sobre a justiça, o que o fizemos mediante a negação a justiça absoluta por imperceptível aos homens; mas com a defesa da existência de uma justiça relativa construída sobre o

desenvolve através do processo, que é um instrumento de realização, segundo Kelsen, o instrumento de realização do sonho mais formoso da humanidade, que é o sonho de justiça¹¹⁷”¹¹⁸.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na condição de mentores do Projeto Florença¹¹⁹, contribuíram com o modelo para o Ante-

princípio da tolerância e de concepção eminentemente humana, uma vez que conduz a ideia de que ela – enquanto fundamento do sistema da moral – assume o papel de firmar os valores que nortearão a produção da autoridade social que não é outra, senão o próprio legislador, ou seja, aquele responsável [*rectius*, legitimado] pela criação das normas postas (fundamento clássico do positivismo jurídico). [...] Nas três últimas partes (incluindo o excursus) pendemos a ratificar a existência de uma justiça relativa apegada a certos valores morais eleitos pelo legislador no momento de elaboração da norma posta; em detrimento da existência de uma justiça absoluta que fundamentaria as teorias do tipo metafísico (defesa da vontade transcendental) e do tipo racional (vontade humana), pelo principal motivo de serem modelos construídos para legitimar o Direito natural que pode ‘comprovar tudo e, por tanto, nada’”. Eis o lema efusivo final trazido por Kelsen que importamos para as últimas linhas...” (Alex Sander Xavier Pires, *Justiça na Perspectiva Kelseniana*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2013, p. 60).

¹¹⁷ Um fundamento a afirmação de Luiz Fux: “Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça; a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça, sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância”. (Hans Kelsen, *O Que é Justiça?* Tradução: Luiz Carlos Borges, 3 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 25).

¹¹⁸ Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.010.

¹¹⁹ Propõe-se como extensão ao argumento, em vias de facilitar a compreensão da teoria no contexto do discurso: a um, que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso a Justiça*, Porto Alegre, Sergio Frabis, 2002, p. 8); e, a divisão em três ondas, “a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma,

projeto¹²⁰ a ponto de inspirar, por seus critérios, a detecção de três grandes obstáculos no sistema processual civil brasileiro quanto a satisfação da razoabilidade, todos assentados no excesso, seja de formalidade, seja de litigiosidade, ou de recursos, como se depreende da leitura de Luiz Fux:

“O Brasil, ele tem uma prodigalidade recursal incomparável com os demais países do mundo. Em nenhum país do mundo há tantos recursos quanto no sistema processual brasileiro. Por outro lado, o nosso processo, ele é tão prenhe de formalidades e de solenidades e de liturgias que, em um processo em primeiro grau de jurisdição, se a parte se irressignar contra cinco decisões do juiz, por exemplo, o juiz que não defere uma prova, ou o juiz que entenda que ela deva ajustar a sua petição, ou então uma decisão do juiz que entenda que o litígio deveria se travar em outro local que não aquele, cada uma dessas decisões, ela é recorrível, e cada um desses recursos pode desafiar mais seis recursos”¹²¹.

Dos obstáculos vieram as soluções com: a) a simplificação dos processos mediante a releitura da teoria da ação para acolher a natureza dúplice e açambarcar o sistema de *leading cases* para a resolução do contencioso de massa; b) o enxugamento do sistema recursal; e, c) a outorga da força necessária à jurisprudência dos tribunais superiores, em vias de impor a observância as suas teses jurídicas.

Percebe-se que a releitura da teoria da ação para favorecer a simplificação dos processos assentou duas inovações: as ações dúplices (numa única demanda, o autor pede tudo o que entende seu, enquanto o réu, além de se defender, também formula a pretensão que lhe favoreça)¹²²

uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.” (Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso...*, *cit.*, p. 31).

¹²⁰ “[...] E nós fomos buscar, exatamente no modelo do Projeto Florença, o modelo do nosso anteprojeto do Código de Processo Civil. [...]” (Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.011).

¹²¹ Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.011.

¹²² “[...] um grande passo, também, é que nós transformamos todas as ações em dúplices, ou seja, tudo o que o autor tiver contra o réu, ele deve fazê-lo naquele momento, e tudo quanto o réu tiver de pedir em face do autor também deve fazer naquele processo, para evitar duplicação de processo, para evitar surpresas, guarda de

e o sistema de *leading case* adaptado ao modelo brasileiro¹²³ quanto a necessidade de se solucionar as demandas de massa (grosso modo, em se tratando de ações que tenham identidade quanto ao direito litigado, são escolhidas algumas que subirão ao tribunal para julgamento em detrimento das demais que aguardarão na origem, cuja tese consagrada será aproveitada por todas)¹²⁴.

Este sistema de *leading case*, na sustentação de Luiz Fux, preserva a equidade dos julgamentos¹²⁵: “A regra de que todos são iguais perante

trunfos. O processo é um instrumento técnico, mas também é um instrumento ético, de sorte que isso é que preconiza ideologia do anteprojeto do Código do Processo Civil” (Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.012).

¹²³ Procurou-se equacionar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CRFB/1988, art, 5º, XXXV) que assegura a todos o acesso ao Poder Judiciário mediante o exercício do direito de ação com a equidade dos julgamentos orientada pelo princípio da duração razoável do processo.

¹²⁴ “Tal caso, na experiência alemã, que eles têm um incidente denominado *Musterverfahren*, que é uma ‘causa-piloto’, é possível eleger-se um grupo de ‘causas-piloto’, e essas causas, que representam um verdadeiro *leading case*, elas vão ser submetidas à apreciação do tribunal. [...] Uma vez fixada a tese jurídica, e todas as causas ficam paradas ou no âmbito local, se for julgado pelo tribunal local, ou em todo o território nacional, se for julgado pelo STJ, ou pelo Supremo Tribunal Federal, afirmada a tese jurídica, aquela tese jurídica se incorpora a todas as ações e cada um, individualmente, vai perquirir, em juízo, os seus interesses. [...] Quer dizer, nós não evitamos que todos os cidadãos possam ingressar em juízo, mas nós conseguimos consagrar a regra de que todos são iguais perante a lei e todos iguais perante a Justiça, e também essa é uma questão de segurança jurídica, que é algo prometido pela Constituição Federal” (Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.012).

¹²⁵ Embora não faça parte do discurso de Luiz Fux, há que se registrar uma aproximação com o liberalismo igualitarista de John Rawls quanto a leitura que faz sobre o contratualismo nos domínios da equidade dos julgamentos, uma vez que o juiz tem o dever institucional de tratar igualmente os casos idênticos. Surge, daí, a importância de identificar os critérios de semelhança (“os critérios de semelhança são fornecidos pelas próprias normas jurídicas e pelos princípios utilizados para interpretá-las. Não obstante, o preceito de que em casos semelhantes se tomem decisões semelhantes limita, de modo significativo, a discricionariedade dos juízes e de outras autoridades. O preceito os obriga a justificar as distinções que estabelecem entre pessoas por referência aos princípios e às normas jurídicas pertinentes” [John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução: Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 294]) que assegurem uma fiel interpretação da lei em equidade para os casos concreto que diminuam, o máximo possível a probabilidade de decisões arbitrárias (John Rawls, *Uma Teoria...*, *cit.*, p. 294).

a lei pressupõe que todos também sejam iguais perante a Justiça, porque o juiz está aplicando a mesma lei”¹²⁶.

Outrossim, o enxugamento do sistema recursal prestigia a redução do número de recursos e, também, a restrição aos atos do juiz passíveis de ataque por esta via, sem se olvidar dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Destarte,

“[...] as decisões que são tomadas pelo juiz *in itinere*, elas serão recorríveis no momento final. E, nesse momento final, a parte poderá se manifestar sobre tudo aquilo que a desagradou no curso do processo, e sem prejuízo, eu repito, naquelas liminares que causam o efeito mais gravoso, na esfera da parte, ela poderá recorrer e, agora, até com uma nova modalidade, ela não só poderá recorrer como ela poderá, também, sustentar, oralmente, no tribunal, essa decisão liminar que nós já verificamos que tem uma importância ímpar”¹²⁷.

De igual importância foi o tratamento dispensado ao fortalecimento da jurisprudência dos tribunais superiores reiteradamente debatida desde a EC n° 45/2004, em que os tribunais inferiores devem observar as teses jurídicas consagradas na jurisprudência assentada dos tribunais superiores (geralmente pelas súmulas), como se depreende de:

“[...] nós concedemos uma força necessária à jurisprudência dos Tribunais Superiores. E por que razão? Porque, hoje, o Código, ele já estabelece que os juízes não devem julgar contra a jurisprudência dos tribunais superiores, a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, porque isso só faz com que a parte tenha postergado o seu direito. Se os Tribunais Superiores já firmaram uma tese dominante, evidentemente que não conceder a parte aquele resultado judicial significa empurrar a parte para que ela vá buscar 10, 15, 20 anos depois aquele resultado que já se sabe de antemão qual vai ser”¹²⁸.

¹²⁶ Diário do Senado Federal n° 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.012.

¹²⁷ Diário do Senado Federal n° 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.013.

¹²⁸ Diário do Senado Federal n° 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.013.

Em regresso ao conteúdo normativo, a Lei nº 13.105/2015 – persistindo no ambiente de constitucionalização do Processo Civil – regulamentou o princípio na seara infraconstitucional reconhecendo-o como direito individual dedicado a assegurar a satisfação integral da sentença tão brevemente quanto seja possível¹²⁹ (CPC/2015, art. 4º¹³⁰); ao mesmo tempo em que impõe o dever jurídico para que todos (partes e juízes¹³¹) concorram¹³² para a consecução deste fim (CPC/2015, art. 6º¹³³).

5. Sistematização

O historicismo desvela que cada Código representou um ícone de seu tempo ao nacionalizar as tecnologias processuais adotadas em sistemas comparados criando, no transcurso da história processual civil, uma identidade interna; e, isto, fica evidente na estrutura normativa de cada lei.

No CPC/1939 percebe-se a confusão estrutural entre o processo¹³⁴ e a ação para fins de assentamento do procedimento¹³⁵, haja vista que

¹²⁹ Possibilidade esta restrita aos parâmetros consignados pela Comissão de Juristas de conclusão definitiva: em um ano para os processos de massa, em dois anos para os processos individuais, e em quatro anos com o esgotamento da última via recursal.

¹³⁰ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

¹³¹ A redação do art. 5º do CPC/2015, no entanto, permite a extensão àqueles que de alguma forma participam do processo (ex. vi, auxiliares da justiça, promotores de justiça na função de *custos legis*, etc), mas que não são formalmente sujeitos processuais: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹³² Ao que se pode chamar, na nova dinâmica, de “cooperação processual”.

¹³³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹³⁴ Dentre tantos fundamentos marcantes destaca-se a denominação do Livro III, “Do processo ordinário”, que intui o tratamento do processo enquanto “instrumento da jurisdição”. No entanto, já no Título Único (“Do procedimento”) e, a seguir, no art. 291 (“O processo ordinário regulará as ações para as quais este Código não prescreva rito especial”) percebe-se que a preocupação de fundo é com o procedimento orientado pelas ações.

¹³⁵ A reboque do art. 291 que prevê a instauração do procedimento em função da natureza da ação, o CPC/1939 deflagra uma infinidade de ações ditas especiais que

ambos os institutos disputavam a regulamentação legal, a ponto dos 1.052 artigos distribuídos em dez livros penderem, ora a teoria do processo, ora a das ações. No entanto, a preocupação com a integridade dos julgados se manteve presente, quer na previsão de um sistema recursal¹³⁶ que admitia o duplo grau de jurisdição¹³⁷, quer no interesse em uniformizar a jurisprudência ainda que de modo tímido¹³⁸.

No CPC/1973, a teoria da ação, como base estrutural do Código, deu lugar à teoria do processo qualificado pelo procedimento, de sorte que os 1.220 artigos distribuídos em cinco livros, amalgamam-se em vias de permitir a fruição dos processos por suas finalidades, de sorte que o Livro I cuida do processo de conhecimento¹³⁹, o Livro II do pro-

recebem tratamento em apartado por todo Livro IV – denominado “Dos Processos Especiais” –, além das ações que acolhem os processos acessórios (Livro V) e os processos de competência originária dos Tribunais (Livro VI), bem como o procedimento instaurado em “Juízo Arbitral” (Livro IX).

¹³⁶ Na leitura do art. 808, com redação definitiva dada pelo Decreto-Lei nº 4.565/1942, o sistema recursal previa: I – apelação; II – embargos de nulidade ou infringentes do julgado; III – agravo; IV – revista; V – embargos de declaração; VI – recurso extraordinário.

¹³⁷ Para exemplificar, ao menos a apelação enquanto recurso cabível contra “as decisões definitivas de primeira instância” (CPC/1939, art. 820); e o agravo de instrumento contra outras decisões pontualmente arroladas – rol não taxativo – no art. 842.

¹³⁸ Previa-se, nos domínios do recurso de revista (CPC/1939, art. 853 ao art. 861), a possibilidade dos órgãos julgadores se reunirem para pacificação do entendimento quando houvesse divergência em suas deliberações, ainda que fosse em procedimento preparatório, denominado pela doutrina de prejudgado: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas” (CPC/39, art. 861).

¹³⁹ O processo de conhecimento intui a efetiva deliberação sobre o direito posto em causa, pelo que a parte busca a tutela jurisdicional para por termo ao litígio mediante a declaração (reconhecimento da existência ou inexistência de certa relação jurídica, ou da falsidade de documentos), a constituição (criação, modificação ou extinção de relações jurídicas) ou a condenação (imputação de obrigação de pagar, dar coisa – certa ou incerta –, fazer ou não fazer). É neste ambiente que mais efetivamente se vê a atuação jurisdicional no acolhimento dos argumentos jurídicos, na apuração dos fatos, na análise das provas e na aplicação do Direito.

cesso de execução¹⁴⁰, o Livro III do processo cautelar¹⁴¹; e o Livro IV dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária¹⁴²; conforme determinado no art. 270¹⁴³.

A inversão teórica, no entanto, não esvaziou a preocupação de fundo com a integridade dos julgados, haja vista que foi preservado o sistema recursal¹⁴⁴ por acesso às instâncias superiores responsáveis pelo

¹⁴⁰ O processo de execução se preocupa com a satisfação de obrigações reconhecidas em títulos executivos (instrumentos que a lei reconhece como hábeis a demonstrar uma obrigação inadimplida porém de obrigatório cumprimento), tanto os judiciais (aqueles que passaram pela análise jurisdicional e tem força cogente advinda de decisão judicial), quanto os extrajudiciais (documentos particulares ou tornados públicos que constem do rol do art. 585). A partir da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/2005 e pela Lei nº 11.382/2006, o sistema de execução adotou nova estrutura, de forma que as execuções fundadas em títulos judiciais foram incorporadas ao processo de conhecimento como extensão do procedimento denominado de cumprimento de sentença (CPC/1973, art. 475-I ao art. 475-R); enquanto as execuções fundadas em título executivo extrajudicial assumiram o procedimento do Livro II referente as execuções autônomas, assim reconhecidas por instituírem processos próprios.

¹⁴¹ O Processo cautelar visa preservar o direito a ser declarado, constituído ou condenado, em processo de conhecimento, e, também, se presta a resguardar o direito a ser satisfeito em processo de execução; por isso é considerado instrumental – dada a dependência – aos demais (CPC/1973, “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”).

¹⁴² A teoria dos procedimentos especiais é densa, na mesma proporção que a defesa de teses é apaixonada. Assim, melhor que se diga, apenas, que os procedimentos especiais são contenciosos quando o juiz exerce a coercitividade típica da jurisdição, fazendo-o num ambiente que, a maioria das vezes, mistura a finalidade dos processos de conhecimento e de execução, dada a especificidade do pleito; enquanto os procedimentos especiais de jurisdição voluntária são marcados mais pela atividade administrativa a ser desempenhada pelo juiz em chancela de atos como exigência legal para aperfeiçoamento de documentos e concretização de direitos, do que no exercício tradicional da jurisdição.

¹⁴³ CPC/1973, “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)”.

¹⁴⁴ O sistema recursal, após a reforma introduzida pela Lei nº 8.950/1994, previa a interposição por força do art. 496, dos seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

exercício do duplo grau de jurisdição¹⁴⁵, além de fortalecer o sistema de uniformização de jurisprudência¹⁴⁶.

O CPC/2015 renegou o rigor formal da tríade estrutural do processo concebida sobre a ação, o processo e o procedimento, para se preocupar com a satisfação efetiva do direito material em si reconhecido em sentença – extensível as execuções autônomas – em tempo razoável. Destarte, os 1.072 artigos foram distribuídos, ineditamente, em duas partes: a geral (dividida em seis Livros respectivamente denominados “Das Normas Processuais Cíveis”, “Da Função Jurisdicional”, “Dos Sujeitos do Processo”, “Dos Atos Processuais”, “Da Tutela Provisória”, e “Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo”) e a especial (dividida em quatro Livros sucessivamente nomeados de “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, “Do Processo de execução”, “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais” e “Disposições Finais e Transitórias” – separadamente intitulado “Livro Complementar”).

A nova estrutura assentada em duas partes (geral e especial) deu uniformidade ao sistema civil em que, aos moldes do Código Civil instituído pela Lei nº 10.406/2002, tem-se uma fase preparatória responsável pela regulamentação da Teoria Geral do Direito – *in casu*, o Processual Civil –, que, também de forma inovadora, passa a reconhecer uma considerável gama de princípios a serem envergados para fins de aplicação da Lei (mormente na persecução da interpretação sistêmica que leve a integração do ordenamento), em comunhão com o enrijecimento das fontes do Direito no modelo brasileiro, uma vez

¹⁴⁵ Por exemplo, a apelação cabível contra as sentenças (CPC/1973, art. 513); e o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias (CPC/1973, art. 522).

¹⁴⁶ A ineficácia dos prejudgados, concebidos nos domínios do recurso de revista, dava lugar ao procedimento incidente tomado em via recursal denominado uniformização de jurisprudência. A base conceitual permaneceu cingida a iniciativa do juiz de “solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: [...] I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; [...] II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas” (CPC/1973, art. 476); para além, “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (CPC/1973, art. 479).

que a Lei – fonte primária do Direito – eleva, legítima e dá autoridade, aos princípios quanto ao poder de criar, justamente, os ditos “direitos do caso concreto” como se espera das sentenças.

De igual modo, a estrutura simplifica o sistema processual para reconhecer somente dois tipos de processos: o de conhecimento que, além da típica função de declarar, constituir e condenar, ainda condensa a fase de satisfação (cumprimento de sentença) traduzindo-se em um sistema de duas fases, uma dedicada a formação do título executivo possibilitado pela exarcação da sentença (CPC/2015, art. 318 ao art. 508), e outra referendada na satisfação do conteúdo condenatório desta mesma sentença (CPC/2015, art. 513¹⁴⁷ ao art. 538); e, o de execução [autônoma], hábil a satisfazer obrigações contidas em títulos [executivos] extrajudiciais¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Há que se registrar que a execução que recaia sobre quantia deve indicar o valor líquido e certo, de sorte que a exarcação de sentenças ilíquidas desafia a fase preliminar ao procedimento executivo denominado de “liquidação de sentença” (CPC/2015, art. 509 ao art. 512).

¹⁴⁸ Condensam-se as disposições do art. 784 (“São títulos executivos extrajudiciais: [...] I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; [...] II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; [...] III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; [...] IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; [...] V – o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; [...] VI – o contrato de seguro de vida em caso de morte; [...] VII – o crédito decorrente de foro e laudêmio; [...] VIII – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; [...] IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; [...] X – o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; [...] XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; [...] XII – todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”) com o art. 771 (“Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento

Manteve-se, outrossim, evidente a preocupação com a integridade dos julgados, quer na seara dos recursos orientados pela pluralidade de instâncias que observem o princípio do duplo grau de jurisdição – cuja estrutura reconhece como cabíveis: I – apelação; II – agravo de instrumento; III – agravo interno; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – agravo em recurso especial ou extraordinário; IX – embargos de divergência¹⁴⁹ –, quer nos limites da uniformização de jurisprudência (elevou-se o tema ao nível de dever jurídico oponível aos tribunais, de sorte que a jurisprudência deve ser uniforme, íntegra, coerente e estável)¹⁵⁰; ambas com inéditas leituras no ordenamento jurídico interno que desafiam o aprofundamento que se segue sob a égide das inovações.

6. Cinco inovações em destaque

Longe de ser um número exauriente, as cinco inovações propostas têm o condão de introduzir, exemplificativamente, os limites da reforma, levando-se em consideração as diretrizes e objetivos pautados na constitucionalização do Direito Processual Civil sob a persecução da razoável duração do processo, num ambiente de simplificação do sistema e desjudicialização das demandas. Portanto, destacam-se: a) incorporação das formas alternativas de composição de conflitos; b) concentração da defesa processual; c) fortalecimento do sistema sumular pela reinterpretação da uniformização de jurisprudência; d) simplificação do sistema recursal; e, e) ordem cronológica para exarcação de sentenças e de acórdãos.

de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”), ambos do CPC/2015.

¹⁴⁹ Inteligência do art. 994 do CPC/2015.

¹⁵⁰ Nos termos do art. 926 do CPC/2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

a) *Incorporação das formas de solução consensual de conflitos*

No CPC/2015 o princípio conciliatório foi estendido para, além de integrar a norma processual civil comum, estimular a autocomposição adotando-se, para tanto, os métodos de solução consensual de conflitos a serem conjugados com a os métodos de heterocomposição, com manifesta previsão de convívio harmônico da jurisdição tradicional com a arbitragem¹⁵¹.

Neste contexto, se na redação anterior, o juiz era instado, enquanto dever jurídico, a “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (CPC/1973, art. 125, IV), na nova dinâmica é estimulado a “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (CPC/2015, art. 139, V), ao mesmo tempo que se estendeu o comando a outras figuras (*ex vi*, advogados, defensores públicos, promotores de justiça) que participam do processo (CPC/2015, art. 3º, §3º).

Destaca-se, assim, que os métodos de solução consensual de conflitos enraizaram-se na nova ordem afim de favorecer a solução negociada, em detrimento da decisão imposta; cuidando o legislador da criação de um microsistema dedicado a fruição deste novo viés que se espalha por todo o procedimento e pende a equilibrar o exercício da conciliação e da mediação com a jurisdição tradicional.

O microsistema parte do reconhecimento dos conciliadores¹⁵² e mediadores¹⁵³ judiciais¹⁵⁴ como auxiliares da justiça (CPC/2015, art.

¹⁵¹ A arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307/1996.

¹⁵² Na leitura normativa, o conciliador é o terceiro alheio ao conflito “que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (CPC/2015, art. 165, §2º).

¹⁵³ Na leitura normativa, o mediador é o terceiro alheio ao conflito “que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (CPC/2015, art. 165, §3º).

¹⁵⁴ Marca-se a qualidade judicial do tratamento, uma vez que a conciliação e a mediação também podem ser exercidas na seara privada pela via extrajudicial (CPC/2015, “Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de

165 ao art. 175) para lhes conferir os direitos e deveres inerentes a função, impondo ao Estado o múnus de criação de “centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (CPC/2015, art. 165), a serem geridos em parceria e harmonia com as câmaras privadas (CPC/2015, art. 167¹⁵⁵) e com as câmaras administrativas (CPC/2015, art. 174¹⁵⁶).

Quanto ao procedimento comum, modificou-se diametralmente a finalidade da citação, haja vista que o novo CPC impõe-lhe a força¹⁵⁷, enquanto ato de comunicação processual, de convocar o réu para participar de audiência de conciliação ou de mediação¹⁵⁸, cuja defesa

conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. [...] Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação”), sendo certo que a “mediação entre particulares” aguarda a *vacatio legis* da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, para ter sua regulamentação plena.

¹⁵⁵ “Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional”.

¹⁵⁶ “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: [...] I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; [...] II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; [...] III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

¹⁵⁷ Há, aqui, o cabimento da teoria sobre a possibilidade de um ato de comunicação conjunto em que a citação presta-se a formação da relação jurídica processual, enquanto a intimação serve aos fins de convocação para a participação em audiência.

¹⁵⁸ Embora ainda se reconheça que a função da citação é de formar a relação jurídica processual triangular que vincula o sujeitos (autor, juiz e réu) – inteligência do art. 238 *c/c* art. 239, ambos do CPC/2015 –, determinou-se que o juízo preliminar de admissão que conclua pela adequação formal (preenchimento dos requisitos legais e afastamento da improcedência liminar de plano) prossiga com a citação do réu para comparecimento em audiência de conciliação ou de mediação (CPC/2015, “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com

formal somente será facultada após a superação da fase de tentativa de autocomposição sob a chancela do Estado-juiz; e, não mais, de instar o réu a oferecer defesa como era a realidade anterior¹⁵⁹.

Destaca-se que por ser ato volitivo das partes, a audiência de conciliação ou de mediação poderá não acontecer, quer por iniciativa do autor quando manifestar expressamente em sua petição inicial a negativa (CPC/2015, art. 319, VII c/c art. 334, §4º, I c/c art. 334, §5º¹⁶⁰), quer de igual modo pelo réu quando o fizer formalmente por escrito com antecedência mínima de dez dias da audiência (CPC/2015, art. 334, §4º, I c/c art. 334, §5º).

Por outro lado, se acontecer a audiência de conciliação ou mediação, e sendo frustrada a autocomposição, dar-se-á início a contagem do prazo de defesa formal, facultando-se ao réu o oferecimento de contestação, no prazo de quinze dias contados da audiência; isto para o procedimento comum em si (CPC/2015, art. 335, I), ou para fins de prosseguimento do procedimento quando: a) houver concessão de tutela antecipada requerida em caráter de urgência (CPC/2015, art. 303, §1º, III), ou, b) da formulação de pedido principal em aditamento de pedido cautelar concedido em feito antecedente (CPC/2015, art. 308, §4º).

b) Concentração da defesa processual

Historicamente, quanto à defesa do réu em processo de conhecimento pelo procedimento comum ordinário¹⁶¹, havia uma despropor-

antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”).

¹⁵⁹ No CPC/1973, a citação tinha o condão de chamar em juízo o réu para se defender, no processo de conhecimento (art. 297); o executado para cumprir a obrigação, no processo de execução (dentre outros, art. 652); o requerido para impugnar no processo cautelar (art. 802); e o requerido para acompanhar os feitos de jurisdição voluntária (art. 1105).

¹⁶⁰ Por ser mais claro, registra-se o §5º do art. 334 do CPC/2015: “O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência”.

¹⁶¹ Ressalva necessária para pontuação do procedimento mais complexo a reger o processo mais evidente em si.

ção de forças que tornava demasiadamente morosa a fase instrutória do processo, uma vez que, se ao autor era permitido o acesso às vias jurisdicionais mediante a propositura da ação via distribuição da petição inicial¹⁶², ao réu facultava-se-lhe uma infinidade de instrumentos com as mais variadas naturezas jurídicas que iam desde a oportunidade de defesa plena (contestação¹⁶³), passando pelos incidentes processuais¹⁶⁴ (exceções¹⁶⁵, impugnação ao valor da causa¹⁶⁶ e institutos de essência de intervenção de terceiros¹⁶⁷), até as ações envergadas autonomamente¹⁶⁸ (reconvenção¹⁶⁹).

A nova dinâmica de resposta do réu, inspirada na simplicidade e na razoável duração do processo que avocou a informalidade, con-

¹⁶² Vigê no sistema brasileiro a regra da inércia inicial da jurisdição pela qual o juiz somente está autorizado a exercer a função jurisdicional quando a parte ou o interessado a requerer, nos limites da lei (CPC/1973, art. 2º c/c art. 262). A propositura da ação mediante a distribuição da petição inicial marca o rompimento da inércia (CPC, art. 263 c/c art. 282) e deflagra o princípio do impulso oficial pelo qual é dever do juiz impulsionar o processo até que chegue a sua definitiva conclusão (CPC/1973, art. 2º c/c art. 262, *in fine* c/c art. 125 c/c art. 126 c/c art. 127 c/c art. 128 c/c art. 129 c/c art. 130 c/c art. 131 c/c art. 132).

¹⁶³ A defesa processual em si considerada que impõe a alegação de todas as matérias de fato e de direito (CPC/art. 300 c/c art. 302), bem como a discussão sobre as questões processuais consagradas na defesa de forma (CPC, art. 301).

¹⁶⁴ Os incidentes processuais são fenômenos que ocorrem no curso do processo que desafiam decisões judiciais sem força de sentença, mas de decisões interlocutórias (CPC/1973, art. 162, §2º).

¹⁶⁵ As exceções recaem sobre: a incompetência relativa – cuja materialidade vem consagrada no art. 112, enquanto o procedimento vem previsto no art. 307 ao art. 311, todos do CPC/1973 –; a suspeição (CPC/1973, art. 135 – materialidade – c/c art. 312 ao art. 314 – formalidade); e o impedimento (CPC/1973, art. 134 – materialidade – c/c art. 312 ao art. 314 – formalidade).

¹⁶⁶ CPC/1973, “Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de 5 (cinco) dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, o valor da causa”.

¹⁶⁷ Como, por exemplo, a nomeação à autoria (CPC/1973, art. 62 ao art. 69).

¹⁶⁸ Surgidas no curso do processo, mas que, além de instituir procedimento próprio, ainda exige a resolução por sentença (CPC/1973, art. 162, §1º; e, *in casu*, art. 318).

¹⁶⁹ Ação própria do réu-reconvinte contra o autor-reconvindo, no mesmo processo, quando houver conexão (CPC/1973, art. 313 c/c art. 103).

centrou a defesa processual para fins de processo de conhecimento pelo procedimento comum, na contestação que passa a acolher toda a matéria de defesa, desde a alegação sobre o fato e o direito, passando pela manifestação sobre as provas¹⁷⁰ (CPC/2015, art. 336¹⁷¹), até os destaques sobre as questões formais consagradas na defesa processual (CPC/2015, art. 337¹⁷²).

Para pontuação¹⁷³, a incompetência – sem qualquer distinção entre a relativa e a absoluta – (CPC/2015, art. 64¹⁷⁴ c/c art. 337, II), a gratuidade de justiça – tanto para fins de pedido (CPC/2015, art. 99¹⁷⁵), quanto de impugnação (CPC/2015, art. 100¹⁷⁶ c/c art. 337, XIII) –,

¹⁷⁰ Pelos dois fenômenos: tanto das provas que se pretende a produção para demonstrar em juízo a verdade sobre o alegado (inteligência do art. 336 do CPC/1973, na complementação dada pelo “Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”) que atinge os pareceres técnicos passíveis de dispensa da prova pericial (CPC/2015, “Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”); quanto a impugnação as provas apresentadas pelo autor em petição inicial (CPC/2015, art. 437, primeira parte).

¹⁷¹ “Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

¹⁷² “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] I – inexistência ou nulidade da citação; [...] II – incompetência absoluta e relativa; [...] III – incorreção do valor da causa; [...] IV – inépcia da petição inicial; [...] V – preempção; [...] VI – litispendência; [...] VII – coisa julgada; [...] VIII – conexão; [...] IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; [...] X – convenção de arbitragem; [...] XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...] XII – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; [...] XIII – indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça”.

¹⁷³ Não se pretende o esgotamento das hipóteses, apenas se apresentam as principais manifestações.

¹⁷⁴ “Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação”.

¹⁷⁵ “Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso”.

¹⁷⁶ “Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso”.

a invocação de intervenção de terceiros – por denunciação da lide (CPC/2015, art. 126¹⁷⁷), ou por chamamento ao processo (CPC/2015, art. 131¹⁷⁸) –, a impugnação ao valor da causa (CPC/2015, art. 293¹⁷⁹ c/c art. 337, III), a reconvenção (CPC/2015, art. 343¹⁸⁰) e a arguição de falsidade (CPC/2015, art. 430¹⁸¹), devem ser alegadas na própria peça da contestação.

Destaca-se que a concentração da defesa e o interesse legislativo no equilíbrio entre as partes também integra o conteúdo substancial do art. 489, I do CPC/2015, que versa sobre os elementos essenciais da sentença¹⁸², de sorte que, para elaboração do relatório, o juiz de direito deve se manifestar sumariamente sobre a petição inicial mormente sobre o que se refere ao pedido, e sobre a contestação naquilo que representa a síntese da defesa.

¹⁷⁷ “Art. 126. A citação do denunciado será requerida na petição inicial, se o denunciante for autor, ou na contestação, se o denunciante for réu, devendo ser realizada na forma e nos prazos previstos no art. 131”.

¹⁷⁸ “Art. 131. A citação daqueles que devam figurar em litisconsórcio passivo será requerida pelo réu na contestação e deve ser promovida no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de ficar sem efeito o chamamento.”

¹⁷⁹ “Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas”

¹⁸⁰ “Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

¹⁸¹ “Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos”.

¹⁸² Os elementos substanciais da sentença são o relatório, os fundamentos e o dispositivo; cuja definição legal é encontrada nos incisos do art. 489, *in verbis*: “São elementos essenciais da sentença: [...] I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...] III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

c) Fortalecimento do sistema sumular pela reinterpretação da uniformização de jurisprudência

Desde a criação da súmula como método de trabalho¹⁸³ pelo Ministro Victor Nunes Leal, em 1963, em vias de sistematizar o acesso à jurisprudência convergente e de facilitar o julgamento do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁴, contribuindo para a contenção da inflação processual advinda dos processos que se avolumavam no órgão, que o instituto vem sofrendo ajustes para se adequar a realidade brasileira de invocação de precedentes jurisprudenciais no sentido de fortalecer a uniformização de jurisprudência em todas as instâncias.

Historicamente, a súmula nasceu dos debates sobre a necessária contenção da liberdade de julgar do juiz em face da pacificação dos entendimentos sobre a interpretação das normas jurídicas nos limites do caso concreto que avocam a estabilização dos precedentes e, por conseguinte, o fortalecimento da uniformização da jurisprudência¹⁸⁵.

¹⁸³ O método de trabalho se socorria do binômio rapidez-similaridade, fundamental para a eficiência pretendida enquanto “método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante” (Victor Nunes Leal, *Passado e Futuro da Súmula do STF*, Em, *Revista de Direito Administrativo*, n° 145, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 2). Afinal, “ela correspondeu [...] à necessidade de sistematizar os julgamentos do Tribunal, para se localizarem os precedentes com menor dificuldade” (V. N. Leal, *Passado...*, cit., p. 14); precedentes estes que “já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante” (V. N. Leal, *Passado...*, cit., p. 14).

¹⁸⁴ Lembra Roberto Rosas que “Em 1963, há 45 anos, o Supremo Tribunal Federal, julgava 3.500 processos, no primeiro semestre de 2008 foram distribuídos 39.000 processos. Naquela época, já pretendia o encontro de solução para o excesso de processos, na chamada crise do Supremo Tribunal Federal, na verdade, crise do recurso extraordinário, porque naquele tempo, todas as questões poderiam subir ao STF” (Roberto Rosas, *Da Súmula à Súmula Vinculante*, Em, *Revista do Tribunais*, n° 879, v. 98, 2009, p. 41).

¹⁸⁵ Para registro dos debates da época, efetivamente a Casa de Suplicação somente foi extinta dando lugar, primeiro, à Relação de Lisboa, e, depois, ao Supremo Tribunal de Justiça, em idos de 1833; sendo certo que sua missão maior “era estabelecer unidade na interpretação e aplicação da lei, isto é, uniformizar a jurisprudência” (José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, v. VI, 3 ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 235), de sorte que: “Partia-se do pressuposto de que, colocando no ponto mais alto da hierarquia judicial um órgão destinado a conhecer sómente de questões de direito, dada a supremacia e a autoridade desse órgão se chegaria, pouco a pouco, à uniformização da jurisprudência. O Supremo diria, a propósito de cada caso par-

Neste ambiente, a súmula encontra sua gênese¹⁸⁶ nos Assentos da Casa de Suplicação¹⁸⁷, reinterpretados internamente para dar lugar aos prejudgados¹⁸⁸ do primeiro Código de Processo Civil brasileiro

ricular, em que sentido devia a lei ser interpretada e aplicada; os tribunais inferiores teriam de acatar as determinações do Supremo em relação ao caso em litígio; e era natural e presumível que também as seguissem em casos semelhantes que de futuro se apresentassem. [...] Obter-se-ia, assim, pela acção espontânea do mecanismo judiciário, a desejada uniformidade de jurisprudência” (*J. A. Reis, Código cit.*, p. 235).

¹⁸⁶ Marca-se, no entanto, que a origem dos assentos para o sistema português, segundo a leitura de José Alberto dos Reis com amparo na percepção de Manuel de Almeida e Sousa (*Manuel de Almeida e Sousa, Segundas Linhas sobre o Processo Civil, v.1, s/cidade, s/editora, s/ano, p. 1.*), retroage às fações, entendidas como “[...] o juízo ou o Assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso, que, por autoridade, de quem o fez e dos que o aprovaram, ficou servindo como de Aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez acontecesse” (*J. A. Reis, Código cit.*, p. 234).

¹⁸⁷ Fala-se do tempo das Ordenações, primeiro a Manuelina (Livro V, Título LVIII, § 1º); e, depois, a Filipina (Primeiro Livro, Título V, § 5º), que se transcreve em adaptação contemporânea da escrita: “E havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou algum deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor; o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da relação, para depois não vir em dúvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça, que é bem de no-lo fazer saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor, serão suspenso até nossa mercê” (*Ordenações Filipinas, Livro I, Lisboa, Gulbenkian, s/ano, p. 18*).

¹⁸⁸ Vale pontuar a divergência doutrinária quanto a incerteza dos limites dos prejudgados. Nas lições de Pontes de Miranda, “Mediante o prejudgado, o exame de uma questão, que deveria ficar a cargo de um tribunal (câmara ou turma), é devolvido a tribunal superior, para que previamente decida. Se o ponto em discussão foi resolvido em primeira instância e o corpo, onde se suscitou o prejudgado, havia de conhecer dele em grau de recurso, o prejudgado, apreciação de matéria do recurso, pôsto que limitado àquele ponto, recurso é. Parte do recurso embora. [...]” (*Francisco Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil [1939], Tomo XII, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 84*); enquanto para Frederico Marques, “O prejudgado é um incidente do procedimento recursal para que se resolva uma questão prejudicial sobre uniformização de entendimento a respeito de determinada norma jurídica. [...] A função de harmonizar, imperativamente, julgados antagônicos, pertinentes à interpretação do direito *in thesi*, é da competência das Câmaras Cíveis Conjuntas, ou Seção Cível, pelo que a Câmara ou Turma julgadora provoca o seu pronunciamento,

sancionado em 1939 (art. 861¹⁸⁹), que foi reorganizado na figura própria da súmula enquanto produto da uniformização de jurisprudência desvelada de incidentes processuais tomados em grau de recurso como regulamentado no sucessor Código de 1973¹⁹⁰ (art. 476 ao art. 479¹⁹¹).

através do prejulgado, quando ‘ocorrer’ ou exista ‘possibilidade de ocorrer’, a divergência jurisprudencial. [...] Certo é que a Câmara pode solucionar a controvérsia da *quaestio juris*, adotando uma ou outra das interpretações divergentes. No entanto, êsse pronunciamento não vincula *hic et nunc*, os demais componentes da Seção Civil, podendo, assim, em recurso de revista, conforme fôr o caso, ser a decisão cassada. Daí a questão prejudicial que no prejulgado se suscita, para que, no caso em julgamento, se adote, imperativamente, uma das interpretações, em antagonismo, da norma jurídica a ser aplicada. [...] Não é o prejulgado, portanto, um novo recurso, nem mesmo de ofício, e sim, ato jurisdicional do julgamento di recurso já interposto, Êle amplia o procedimento recursal com o incidente suspensivo para a decisão de questão prejudicial, mas não contém em si impugnação ou pedido de reexame de matéria que já se encontra julgada ou decidida” (José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 314).

¹⁸⁹ CPC/1939, “Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”.

¹⁹⁰ De Victor Nunes Leal se empresta a posição sobre a diferenciação entre a súmula, os prejulgados e os assentos: “[...] ficou a Súmula equidistante dos velhos assentos da Casa de Suplicação, regulados nas Ordenações Filipinas (...), e dos modernos prejulgados (...)” (V. N. Leal, Passado..., cit., p. 5); com destaque para a condição de método de trabalho enquanto “ideal do meio-termo” para estabilização da jurisprudência que a coloca “entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejulgados” (V. N. Leal, Passado..., cit., p. 10).

¹⁹¹ “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: [...] I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; [...] II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. [...] Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. [...] Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do acórdão. [...] Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. [...] Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. [...] Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá

No período de [re]democratização do Brasil, instaurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – especificamente após a Reforma Judiciária¹⁹² –, o sistema sumular foi totalmente reformulado, com ênfase na constitucionalização da Súmula Vinculante que foi alçada a condição de norma constitucional após a inclusão do art. 103-A¹⁹³ na Constituição Federal, deflagrando, assim, a onda de regulamentação: primeiro com a sanção da Lei nº 11.417/2006 (responsável por disciplinar a elaboração da Súmula Vinculante, compreendendo-se, como ato de elaborar, a edição – criação –, a revisão – alteração – e o cancelamento – supressão –, dos verbetes aprovados que deveriam integrar o instrumento); e, depois, com a Emenda Regimental nº 46/2011, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, para alteração de seu Regimento Interno em vias de regulamentar o procedimento de tramitação e aprovação de Propostas de Súmula Vinculante (RISTF¹⁹⁴, art. 354-A e seguintes).

Nos domínios da constitucionalização do Direito Processual Civil restava a regulamentação sistêmica para dar-lhe melhor fruição e ade-

precedente na uniformização da jurisprudência. [...] Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

¹⁹² Iniciada com a EC nº 3/1993, mas efetivamente levada a cabo com a EC nº 45/2004.

¹⁹³ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...] § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

¹⁹⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

quação ao texto constitucional¹⁹⁵, o que ocorreu com a releitura da uniformização de jurisprudência que deixou a posição de incidente processual tomado no procedimento recursal (CPC/1973, art. 476 ao art. 479), para assumir a condição de disposição geral indutiva de princípios recursais (CPC/2015, art. 926 ao art. 928). Para tanto, respeitou-se a estrutura hierárquica sobre as súmulas que permite distinguir, ao menos, três espécies: a) Súmula Vinculante¹⁹⁶; b) Súmula de Jurisprudência Dominante do Tribunal¹⁹⁷; e, c) Súmula Impeditiva de Recursos¹⁹⁸.

No novo Código, a uniformização de jurisprudência passa a dever jurídico¹⁹⁹ dos tribunais que devem zelar pela estabilidade, integridade e coerência de seus precedentes (CPC/2015, art. 926). Assim, quando for aprovada tese jurídica sobre a mais adequada interpretação de norma jurídica constitutiva da jurisprudência dominante, em observância aos procedimentos regimentais, editar-se-ão enunciados de súmula (CPC/2015, art. 926, §1º), a que os tribunais deverão se ater, inclusive quanto as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (CPC/2015, art. 926, §2º), passando a necessária e ampla publicidade dos enunciados (CPC/2015, art. 927, § 5º).

¹⁹⁵ Tanto para fortalecimento das Súmulas Vinculantes, quanto para observância do princípio da razoável duração do processo construído como fundamento da Reforma Judiciária.

¹⁹⁶ A Súmula Vinculante prevê a competência, originária e exclusiva, do Supremo Tribunal Federal para sua edição, revisão ou cancelamento, desde que incida sobre matéria constitucional, prévia e reiteradamente, debatida pelo órgão, cuja aprovação, por ao menos oito ministros, se torna de cumprimento obrigatório – efeito vinculante – e oponível a todos (indivíduos, sociedade civil e instituições públicas, especialmente as jurisdicionais) – efeito *erga omnes* –, após a publicação.

¹⁹⁷ A Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal representa o amadurecimento das súmulas originárias da década de sessenta, haja vista que concretiza a uniformização da jurisprudência em cada tribunal, mantendo, viva e atual, a interpretação da norma jurídica em face da lei, na concepção temporal – deve se conservar útil a regulamentação da norma jurídica, principalmente na atualidade – e espacial – de observância apenas aos juízos hierarquicamente subordinados.

¹⁹⁸ Grosso modo, a Súmula Impeditiva de Recursos é aquela invocada para antecipar o julgamento de recurso, via sumarização do procedimento. Tem na Súmula de Jurisprudência Predominante sua essência, mas vai além ao se limitar a seara recursal por inspiração do princípio da celeridade.

¹⁹⁹ Na dinâmica anterior cuidava de faculdade consubstanciada na possibilidade de se suscitar a divergência de interpretações sustentada por regra de competência originária (CPC/1973, art. 476).

A inclusão do enunciado – tanto a título de Súmula Vinculante, quanto de Súmula de Jurisprudência Dominante com extensão as Súmulas Impeditivas de Recursos – cria um novo dever jurídico consagrado na obrigatoriedade²⁰⁰ dos juízes aplicarem as teses jurídicas ali consagradas, em suas decisões²⁰¹.

A inobservância de adoção de enunciado de súmula em decisões judiciais quando se deveria fazê-lo gera uma série de expedientes, tais como: a) poder para que o relator de recurso a tramitar na superior instância negue-lhe (CPC/2015, art. 932, IV, a) ou conceda-lhe (CPC/2015, art. 932, V, a) provimento quando a decisão for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) poder para que o relator julgue de plano o conflito de competência quando a decisão tiver por fundamento súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (CPC/2015, art. 955, parágrafo único, I); c) fundamento material para oferecimento de reclamação quando a ofensa incidir sobre Súmula Vinculante (CPC/2015, art. 988, IV); d) fundamento material para a repercussão geral, como preparatória para acolhimento de recursos extraordinários, em se tratando de

²⁰⁰ A obrigatoriedade ainda impõe algumas particularidades quando forem incorporadas as decisões como, por exemplo: a) o respeito ao princípio do contraditório (CPC/2015, art. 927, § 1º c/c art. 10) e dos elementos essenciais da sentença (CPC/2015, art. 927, § 1º c/c art. 489); b) a possibilidade de realização de audiências públicas com a oitiva de terceiros estranhos à relação jurídica processual quando for possível a mudança de tese jurídica em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (CPC/2015, art. 927, § 2º); c) a possibilidade de modulação de efeitos da alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou nos julgamentos de casos repetitivos, nos limites do interesse social e da segurança jurídica (CPC/2015, art. 927, § 3º).

²⁰¹ O art. 927 do CPC/2015 elenca as hipóteses para além da consagração em Súmula. Destarte há obrigatoriedade de aplicação das teses consagradas em jurisprudência quando se originarem em: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

impugnação à acórdão que “contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (CPC/2015, art. 1035, §3º, I).

De igual forma, os limites das súmulas servem para garantir ou esclarecer direitos permitindo a prática de atos que lhes garantam, tais como: a) concessão de tutela de evidência, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (CPC/2015, art. 311, II); b) o direito da parte à fundamentação jurídica em decisões judiciais – compreendidas as decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos –, mesmo quando tenha por base enunciado de súmula (CPC/2015, art. 489, §1º, V c/c art. 489, §1º, VI); c) dispensa de prestação de caução, em procedimento de cumprimento provisório de sentença impugnada por recurso sem efeito suspensivo, quanto ao levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, quando a sentença estiver em consonância com Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (CPC/2015, art. 521, IV c/c art. 520, IV).

Ou, ainda, abreviar o procedimento, como nos casos de: a) julgamento liminar sobre a improcedência do pedido quando for contrariado, ou “enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça” (CPC/2015, art. 332, I), ou “enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local” (CPC/2015, art. 332, IV); b) desnecessidade de remessa necessária (CPC/2015, art. 496, §4º, I).

*d) simplificação do sistema recursal*²⁰²

Desde os debates legislativos já se preocupava com a simplificação do sistema recursal que fora considerado demasiadamente extenso²⁰³,

²⁰² Inspirado em: Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, Código de Processo Civil – Doutrina e Anotações, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015, p. 92 e ss.

²⁰³ Na leitura originária do CPC/1973, admitia-se, no art. 496, o cabimento de cinco recursos: I – apelação; II – agravo de instrumento; III – embargos infringentes;

o que acarretava a morosidade na prestação efetiva da tutela jurisdicional²⁰⁴. Destarte, pretendeu-se, na previsão do art. 994, enxugar as espécies recursais para acolher: I – apelação; II – agravo de instrumento; III – agravo interno; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – agravo em recurso especial ou extraordinário; e, IX – embargos de divergência.

No que concerne ao procedimento²⁰⁵, fixou-se o prazo por regra geral em quinze dias²⁰⁶, com a introdução de várias inovações²⁰⁷, tais

IV – embargos de declaração; V – recurso extraordinário. As sucessivas reformas, no entanto, estenderam o rol: primeiramente, pela necessária adequação à nova ordem constitucional instituída em 1988 que deu tratamento diferenciado aos recursos, ordinário, especial e extraordinário, além de inspirar a criação dos embargos de divergência e recurso especial e em recurso extraordinário, impondo a regulamentação do procedimento a lei processual civil, o que se deu com a sanção da Lei nº 8.038/1990; e, depois, com a reforma dos agravos que, além de dar nova redação ao inciso II, ainda estendeu as espécies para que, ao lado do agravo de instrumento, passassem a conviver os agravos, retido nos atos e interno (Lei nº 8.950/1994).

²⁰⁴ Como se lê, por exemplo, no Parecer nº 956/2014, da lavra do Relator-Geral, Senador Vital Rêgo: “11. Redução do número de recursos cabíveis, de modo a tornar mais célere a concessão da prestação jurisdicional, sem descuidar do contraditório e do princípio da ampla defesa” (Diário do Senado Federal nº 206, de 17 de dezembro de 2014, p. 217).

²⁰⁵ Há que se destacar importante distinção para o direito anterior: “Com os mesmos objetivos, consistentes em simplificar o processo, dando-lhe, simultaneamente, o maior rendimento possível, criou-se a regra de que não há mais extinção do processo, por decisão de inadmissão de recurso, caso o tribunal destinatário entenda que a competência seria de outro tribunal. Há, isto sim, em todas as instâncias, inclusive no plano de STJ e STF, a remessa dos autos ao tribunal competente.” (Diário de Senado Federal nº 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.938).

²⁰⁶ Com exceção dos embargos de declaração (Diário de Senado Federal nº 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.936) que passam a ser regulamentados distintamente, especialmente para fins de prequestionamento: “Há dispositivo expresse determinando que, se os embargos de declaração são interpostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se o prequestionamento como havido, salvo, é claro, se se tratar de recurso que pretenda a inclusão, no acórdão, da descrição de fatos.” (Diário de Senado Federal nº 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.938).

²⁰⁷ “[...] Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.” (Diário de Senado Federal nº 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.936).

como: a apelação continua interposta perante o juízo prolator da sentença, sendo-lhe vedada o juízo [preliminar] de admissibilidade que se concentra nos poderes do Tribunal *ad quem*²⁰⁸; a dinâmica do agravo foi revista para eliminação do agravo retido com a subsequente reordenação do sistema de preclusões²⁰⁹, bem como a releitura do agravo de instrumento com a permissibilidade de sustentação oral²¹⁰. De igual forma, os recursos para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça experimentam inovações:

“Significativas foram as alterações, no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O Novo Código contém regra expressa, que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso. Sendo, por exemplo, o recurso extraordinário provido para acolher uma causa de pedir, ou a) examinam-se todas as outras, ou, b) remetem-se os autos para o Tribunal de segundo grau, para que decida as demais, ou, c) remetem-se os autos para o primeiro grau, caso haja necessidade de produção de provas, para a decisão das demais; e, pode-se também, d) remeter os autos ao STJ, caso as causas de pedir restantes constituam-se em questões de direito federal”²¹¹.

²⁰⁸ Diário de Senado Federal n° 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.936.

²⁰⁹ “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação”. (Diário de Senado Federal n° 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.937).

²¹⁰ “O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de 13 concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa. Previu-se a sustentação oral em agravo de instrumento de decisão de mérito, procurando-se, com isso, alcançar resultado do processo mais rente à realidade dos fatos”. (Diário de Senado Federal n° 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.937).

²¹¹ Diário de Senado Federal n° 87, de 09 de junho de 2010, p. 26.935.

e) Ordem cronológica para exaração de sentenças e de acórdãos

De inovação processual justificada, ao menos, nos princípios da razoável duração do processo (CPC/2015, art 4º c/c art. 6º) e da igualdade processual para além dos limites do processo em si (CPC/2015, art. 7º c/c art. 8º c/c art. 5º)²¹², criou-se a regra de observância à ordem cronológica de conclusão²¹³ para exaração de sentença ou de acórdão (CPC/2015, art. 12), consubstanciada na elaboração, pelos tribunais, de lista sequenciada por momento de inclusão de processos aptos ao julgamento que, observando os princípios da publicidade e da transparência²¹⁴, deverá ficar a disposição para consulta da sociedade (CPC/2015, art. 12, §1º)²¹⁵.

Para formação da lista, observar-se-á a preferência legal em todas as suas manifestações com prevalência para inclusão ante os demais, dos processos que tiverem “sua sentença ou acórdão anulado, salvo

²¹² Propõe-se, aqui, uma interpretação sistemática que permita o transbordo da ordem de igualdade para toda a sociedade superando os limites do processo que se atém apenas às partes. Assim, a redação do art. 7º do CPC/2015 quando se refere ao direito das partes de ter igual “tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” deve ser estendido a todos os que participam de alguma forma do processo por incidir sobre o núcleo axiológico da “boa-fé processual” (CPC/2015, art. 5º), e, isto, em referência inclusive aos limites e princípios norteadores da atividade interpretativa do juiz, ao menos quanto aos fins sociais, às exigências do bem comum, a promoção da dignidade da pessoa humana e a observância a razoabilidade e a eficiência.

²¹³ Ato processual que indica a remessa ao juiz de direito para que conheça e/ou delibere sobre questão aposta no processo.

²¹⁴ Sem maior profundidade, há que se dizer que os processos são, em regra, de consulta pública (ressalva-se os casos de segredo de justiça elencados no CPC/2015, art. 189), devendo ser fundamentadas as decisões (CPC/2015, “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. [...] Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público”). Aqui há a transposição da regra do art. 93, IX da CRFB/1988, e recondução do art. 155 c/c art. 165 do CPC/1973.

²¹⁵ “Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. [...] § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores”.

quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução” (CPC/2015, art. 12, §6º, I); ou, na dinâmica de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, os acórdãos paradigmáticos publicados impuserem o reexame, na origem, de processo de competência originária, de remessa necessária ou de recurso anteriormente julgado, acaso o acórdão recorrido contrarie a orientação do tribunal superior (CPC/2015, art. 12, §6º, II c/c art. 1040, II).

A inclusão em lista impõe a ordem cronológica a ser respeitada entre as preferências legais (CPC/2015, art. 12, §3º), atingindo, inclusive, requerimentos formulados pelas partes, de forma que, ao máximo possível, cuidar-se-á de mantê-lo em lista para transcurso regular da ordem. No entanto, se for imprescindível sua retirada, como ocorre com a “reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência” (CPC/2015, art. 12, §4º), a decisão consignada sobre o conhecimento do requerimento impõe o regresso a posição original (CPC/2015, art. 12, §5º).

A regra para formação da lista não atinge, no entanto: “I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485²¹⁶ e 932²¹⁷; V – o julgamento de embargos de declaração; VI – o julgamento de agravo interno; VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça; VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal; IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada” (CPC/2015, art. 12, §2º).

²¹⁶ Versa sobre as sentenças terminativas, assim consideradas aquelas que não resolvem o mérito.

²¹⁷ Atos processuais sujeitos a deliberação do relator, incluindo as decisões monocráticas, em feitos que tramitem no tribunal.

7. Conexão à reforma processual civil portuguesa: breve leitura sistemática e principiológica

A Lei nº 41/2013²¹⁸, de 26 de junho, rompeu com a ordem anterior²¹⁹ para introduzir um novo Código de Processo Civil, fundamentado na teoria do processo enquanto base sistêmica, conforme se observa na distribuição dos artigos organizados em seis livros, respectivamente nomeados: da ação, das partes, e do tribunal (art. 1º ao art. 129º); do processo em geral (art. 130º ao art. 551º); do processo de declaração (art. 552º ao art. 702º); do processo de execução (art. 703º ao art. 877º); dos processos especiais (art. 878º ao art. 1081º); e, do tribunal arbitral necessário (art. 1082º ao art. 1085º).

A justificativa para a reforma, dentre tantas vertentes, pode recair sobre a necessidade de resgatar a coerência e a integração das normas ante o excesso de emendas normativas levadas a cabo no CPC/1961²²⁰; além de zelar pela adequação aos novos anseios sociais acolhidos pela política legislativa que exigiam a celeridade em ambiente de segurança jurídica consubstanciada na “razoável duração do processo” com escólio na simplificação das formas, como permite ver o Preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/1995²²¹, de 12 de dezembro, em comple-

²¹⁸ A dita lei foi retificada pela Declaração de Retificação nº 36/2013, de 12 de agosto (disponível em: <<<http://www.dre.pt/pdf1s/2013/08/15400/0480204803.pdf>>>, último acesso em 17/12/2015).

²¹⁹ Vigia, até então, o CPC/1961 introduzido pelo Decreto-lei nº 44.129/1961, de 28 de dezembro.

²²⁰ Ao menos noventa e nove atos normativos – assim considerados os Decretos-Lei, as Leis e as Declarações de Rectificação – se prestaram a este fim, desde o Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967 até a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (fonte: <<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>>, último acesso em 17/12/2015).

²²¹ “Na área da justiça, integra o Programa do XII Governo Constitucional a afirmação inequívoca do prosseguimento de uma linha de «desburocratização e de modernização, ao mesmo tempo capaz de responder pela segurança e pela estabilização do quadro jurídico-legislativo, em que se aponta, nomeadamente para a conclusão da revisão já iniciada pelo governo anterior do Código de Processo Civil, elaborando-se, complementarmente, os diplomas de desenvolvimento que lhes rentabilizem a eficácia». [...] Tal facto levou a que tenham sido delineadas as linhas mestras de um modelo de processo, apontando para uma clara opção de política legislativa e cujos objectivos impõem que se chegue a um quadro normativo que garanta, a par

mento²²² com o Preâmbulo do Decreto-Lei nº 226/2008, de 20 de novembro²²³.

Não só a mudança do paradigma imposto pela avocação da celeridade em grau de segurança do direito mediante a simplificação da forma, acolhido pelo corpo social e intuído pelas políticas legislativas, aproxima a Reforma Processual Civil brasileira da portuguesa. Para além, foi alterada a disposição normativa, para que os princípios fossem garantidos pela norma jurídica para lhes permitir a preservação e proteção, no sentido de que possam efetivamente produzir efeitos.

Reconhece, nestes termos, o CPC introduzido pela Lei nº 41/2013 uma série de princípios ditos fundamentais²²⁴ que se assemelham àqueles introdutórios do CPC/2015 a vigor no Brasil, como se vê em destaque: princípio da razoável duração do processo, princípio da

da certeza e da segurança do direito e da afirmação da liberdade e da autonomia da vontade das partes, a celeridade nas respostas, confrontando o direito processual civil com exigências de eficácia prática por forma a tornar a justiça mais pronta e, nessa medida, mais justa” (Disponível em: << http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/preambulo-329-1995-pdf/downloadFile/file/Preambulo_1995_329A.pdf?nocache=1286969239.03>>, último acesso em 17/12/2015).

²²² Foi previsto um conjunto de medidas tendente a dinamizar as ações executivas no âmbito da Reforma sobre o sistema executivo, com ênfase em três pontos: “Em primeiro lugar, introduzem-se inovações para tornar as execuções mais simples e eliminar formalidades processuais desnecessárias. [...] Em segundo lugar, são adoptadas medidas destinadas a promover a eficácia das execuções e do processo executivo. [...] Em terceiro lugar, são aprovadas medidas de carácter essencialmente preventivo, para evitar acções judiciais desnecessárias” (Disponível em: << http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/preambulo-226-2008-pdf/downloadFile/file/Preambulo_2008_226.pdf?nocache=1286970203.0>>, último acesso em 17/12/2015).

²²³ Embora restrito ao prosseguimento da Reforma da Ação Executiva, este diploma permite acompanhar a produção legislativa no sentido de dar fruição ao plano de desburocratização e modernização do Processo Civil português.

²²⁴ Tais princípios não constavam do texto original trazido pelo anexo do Decreto-Lei nº 44.129/1961, de 28 de dezembro, constitutivo do CPC revogado pela atual ordem; tampouco foram integralmente incorporados ao ordenamento processual civil pelas emendas posteriores, embora se veja uma tímida tentativa de o fazer com o Decreto-Lei nº 329-A/1995, de 12 de dezembro, quando da alteração dos artigos 2º e 3º, e da inclusão do art. 3º-A, de onde se pode ler os princípios da razoável duração do processo, da inércia inicial da jurisdição, do contraditório e da igualdade das partes.

inércia inicial da jurisdição, princípio do contraditório, princípio da igualdade das partes, princípio da liberdade de julgar, princípio do impulso oficial, e princípio da cooperação.

A garantia de acesso aos tribunais descrita no art. 2º, 1, do CPC/2013, tem um dos pilares erigido sobre a razoável duração do processo, assim caracterizado como o direito da parte de “obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar” (CPC/2013, art. 2º, 1).

A necessidade de pedido marca o princípio da inércia inicial da jurisdição, consagrado na premissa que o tribunal só pode “resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe” quando houver pedido da parte (CPC/2013, art. 3º, 2).

Consequente do princípio anterior, há que se possibilitar a oposição da parte contrária (CPC/2013, art. 3º, 2, *in fine*), como preservação do princípio do contraditório, a ser observado ao longo de todo o processo; inclusive como dever jurídico oponível ao juiz, sendo certo que não lhe é “lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (CPC/2013, art. 3º, 3).

O princípio da igualdade das partes vem consagrado na garantia pela qual “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais” (CPC/2013, art. 4º).

Já o princípio da liberdade de julgar vem como garantia para o juiz, uma vez que “não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito” (CPC/2013, art. 5º, 3). Ainda no âmbito do magistrado, consagra-se o princípio do impulso oficial pelo qual incumbe ao juiz dar andamento célere ao processo, afastando as diligências e atos meramente protelatórios (CPC/2013, art. 6º, 1).

O princípio da cooperação consubstancia-se no dever daqueles que intervêm no processo (magistrados, mandatários judiciais e partes), convergirem esforços para obtenção, com brevidade e eficácia, da justa

composição do litígio (CPC/2013, art. 7º, 1); incluindo o dever de boa-fé processual (CPC/2013, art. 8º) que, em limites processuais mais amplos, acolhe também o dever de recíproca correção, tanto entre os advogados e os magistrados em observância ao dever adjeto de urbanidade (CPC/2013, art. 9º, 1), quanto das partes que devem se abster de “usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessária ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições” (CPC/2013, art. 9º, 2).

Conclusão

O término da abordagem – não da discussão ou do argumento – admite a conclusão de cumprimento dos limites metodológicos, e da concatenação de ideias que, jungidas, permitem contribuir para a resposta à questão formulada desde as primeiras linhas²²⁵, de sorte que a simplificação do sistema, a constitucionalização do Direito Processual Civil e a Democratização do Código, formam o núcleo do argumento para a resposta.

Tem-se, assim, que a simplificação do sistema, inspirado pelo princípio da celeridade e limitado pelo princípio da segurança jurídica, permitiu tornar menos formal os procedimentos, o que garante, em análise mais ampla, a fruição do princípio da razoável duração do processo.

De igual modo, a constitucionalização do Direito Processual Civil brasileiro fica evidente, tanto por ocasião da criação da lei quando se reconheceu como argumento para a política pública de simplificação os anseios sociais de rápida solução do litígio assim compreendida a satisfação de direitos criados em decisões judiciais (respeito ao art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, cuja regulamentação impõe-lhe a força de garantia fundamental inspiradora de princípio constitucional); quanto da elaboração do texto em si que prevê a necessidade de

²²⁵ Em lembrança, pontuou-se a seguinte questão: quais são os limites da Reforma Processual Civil brasileira num ambiente transnacional que, democraticamente, orienta o fortalecimento da Constituição pela releitura do princípio da legalidade interpretado em função da garantia de acesso do indivíduo aos direitos consagrado na norma constitucional, *in casu* a razoável duração do processo?

aplicação da norma processual encontrar seu fundamento de validade (forma) e de justificação (matéria) na Constituição (veja-se, dentre outras passagens, o art. 1º do CPC/2015).

Também a Democratização do Código, para fins de elaboração (já que se facultou a participação ampla da sociedade nos debates que levaram a redação definitiva da lei), de regulamentação (levou-se, em elevada consideração, a necessidade de se ter um Código que prestigie a satisfação rápida de direitos em detrimento da forma) e de cumprimento (a redação mais clara e a assunção do sistema sumular com maior incidência contribuem para a compreensão da lei processual e para interpretação das demais normas jurídicas tal qual devam ser aplicadas), ajuda a encerrar a tríade argumentativa sobre o novo paradigma.

Para integração da análise e em reminiscência a simplificação do sistema, a constitucionalização do Direito Processual Civil e a Democratização do Código, a conclusão permite convergir as seguintes considerações apostas em ordem de argumento que estendem a simples e resumida constatação:

1. *Historicismo*: o CPC/2015, introduzido pela Lei nº 13.105/2015, constitui o terceiro Código formal (na sequência do CPC/1939 – Decreto-Lei nº 1.608/1939 – e do CPC/1973 – Lei nº 5.869/1973) e o quarto fático (acresça-se o Regulamento nº 737/1850, pela ordem do Decreto nº 763/1890), sendo certo que, quanto à estrutura, os Códigos conservavam a dependência formal, mas não o respeito material às Constituições, o que somente começou a ser observado a partir da Reforma Judiciária (primeiro, a EC nº 3/1993; e, depois, a EC nº 45/2004); o CPC/2015, no entanto, adotou a nova ordem.

2. *Respeito constitucional a forma*: nos domínios formais, manteve-se o respeito constitucional – desta vez inspirado por premissas democráticas –, haja vista que foi legitimamente nomeada uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto (ATS nº 379/2009), cujo acolhimento motivou a instauração do procedimento legislativo pelo Senado Federal (Casa Iniciadora – CRFB/1988, art. 61), com a subsequente remessa à Câmara dos Deputados (Casa Revisora – CRFB/1988,

art. 65), e, posteriormente, o regresso ao Senado (CRFB/1988, art. 65, parágrafo único), até ser sancionado, parcialmente, pela Presidência da República (CRFB/1988, art. 66).

3. *Democratização do processo legislativo*: além da mudança estrutural, percebe-se o engajamento da sociedade desvelando os valores democráticos, tanto da sociedade civil pela exigência da reforma que tornasse o processo civil mais efetivo no que se refere à satisfação plena da tutela jurisdicional em favor do beneficiário do provimento concreto em prazo razoável; quanto na convocação, pelas instituições político-jurídicas e político-sociais, da sociedade civil para colaborar ativamente no processo de elaboração da norma.

4. *Constitucionalização do Direito Processual Civil*: nos domínios da imersão material a compor um binômio equilibrado com a forma, em vias de adequar o ordenamento processual civil brasileiro ao fenômeno da constitucionalização, percebe-se a preocupação legislativa, seja por comando direto mandando aplicar a inteligência da norma constitucional – como se vê, dentre outras passagens, no art. 1º do CPC/2015 –, seja pela inclusão de uma gama de princípios (p. ex., razoável duração do processo, contraditório e inafastabilidade da jurisdição) e de institutos (*ex vi*, Súmula Vinculante, recurso extraordinário, etc.) com tratamento constitucional.

5. *Acolhimento normativo dos princípios constitucionais*: a releitura constitucional que aproxima a matéria da forma impondo igual observância no momento de criação das normas jurídicas, que recebeu o acolhimento nos domínios da constitucionalização do Direito Processual Civil, também fortaleceu os princípios processuais de origem constitucional para, resguardando-lhe por regulamentação no Código, estender-lhes a condição de fontes do Direito que os dê autoridade interpretativa para fundamentar as decisões judiciais.

Nos domínios dos princípios, o da razoável duração do processo ganha prevalência: a um, por germinar na sociedade e se fortalecer para inspirar a reforma; a dois, justamente por ser o fundamento da reforma; a três, por induzir ideologicamente a função jurisdicional ao foco da

celeridade orientada pela segurança jurídica; a quarto, por justificar a simplificação do sistema processual civil, no sentido de se promover a releitura das teorias do processo e do procedimento, com o conseqüente desvio do foco da jurisdição para a satisfação de direitos materiais; e, a cinco, por estimular os particulares ao exercício da cidadania pela contribuição para o esvaziamento processual dos corredores forenses, por exercício de mecanismos de autocomposição, por conhecimento da interpretação judiciária da norma jurídica pacificada pelo sistema sumular, ou por simplesmente acreditar que as demandas individuais serão, justa e eficazmente, satisfeitas.

6. *Uniformidade sistêmica*: a ideia de simplificação que leva a razoável duração do processo inspirou a releitura da teoria do processo para que acolhesse os processos de conhecimento e de execução, superando-se o processo cautelar por sua finalidade, de sorte que a tutela cautelar foi absorvida pela tutela provisória a ser deferida no transcurso – ainda que em caráter antecedente – de um dos processos (conhecimento ou execução).

Ademais, a divisão estrutural dos livros em duas partes, geral e especial, além de facilitar a organicidade imposta pelas novas diretrizes de adequação constitucional e acolhimento de princípios; ainda contribui para formação de identidade única com o Código Civil.

7. *Inovações sistêmicas*: com ênfase em cinco pontos que permitem exemplificativamente apresentar as diretrizes e objetivos pautados na constitucionalização do Direito Processual Civil na busca da razoável duração do processo, tem-se: a) incorporação das formas alternativas de composição de conflitos; b) concentração da defesa processual; c) fortalecimento do sistema sumular pela reinterpretção da uniformização de jurisprudência; d) simplificação do sistema recursal; e, e) ordem cronológica para exarção de sentenças e de acórdãos.

8. *Sistema português*: como marco para a concatenação das reformas enquanto fenômeno transnacional, propôs-se a breve leitura da iniciativa portuguesa introduzida pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, o que se fez com restrição a questão contingencial – necessidade de um

novo Código para resgate da coerência e da integração, prejudicadas por inúmeras reformas – orientada pela questão ideológica desvelada da política legislativa de desburocratização e modernização do sistema – propunha-se uma reforma pautada na razoável duração do processo construída sobre a celeridade num ambiente de segurança jurídica que levasse à simplificação.

Para além dos motivos comuns que justificam as reformas processuais civis, brasileira e portuguesa, ainda foi traçado um paralelo entre os “princípios fundamentais” que transbordam da mera garantia constitucional a favorecer a constitucionalização do Direito Processual Civil, para admitir uma nova estrutura organizacional em que os princípios, devidamente acolhidos em lei, fortalecem-se enquanto fontes de Direito, ao mesmo tempo que se legitimam como fontes de interpretação.

Por fim, há que se registrar que os limites metodológicos foram observados, seja pelo fiel cumprimento da análise normativa pelo viés histórico que conduziu ao método dedutivo (a sucessão de leis na leitura constitucional deram o tom do discurso até desembocar na atual organização processual civil); da análise dos discursos políticos, ora adotando o método dedutivo (p.ex., o motivo da reforma dos institutos como se deu com o processo de conhecimento e o sistema recursal), ora o método indutivo (*ex vi*, a expectativa de eficiência de certos institutos – tais como a tutela de evidência e os mecanismos de autocomposição –, e a expectativa de fruição de outros mecanismos – como a adoção do princípio da razoável duração do processo aplicada ao sistema recursal); e perifericamente a análise bibliográfica; seja pela adoção de técnicas de Direito Comparado que permitem a aproximação ideológica e contingencial entre as reformas processuais civis, portuguesa (2013) e brasileira (2015).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alex Sander Xavier Pires, *Direito Sumular – Construindo uma Teoria*, Rio de Janeiro, Armazém das Letras, 2009.

- Alex Sander Xavier Pires, *Justiça na Perspectiva Kelseniana*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2013.
- Alex Sander Xavier Pires, et al., *Sistema de Antecipação de Tutela*, Rio de Janeiro, Armazém das Letras, 2008.
- Alex Sander Xavier Pires, Francisco de Assis Oliveira, Luis Gustavo Coelho de Carvalho, *Código de Processo Civil – Doutrina e Anotações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015.
- Alfredo Buzaid, *Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 1973*, In, *Histórico da Lei, Senado Federal, Código de Processo Civil*, v. I, Tomo I, Brasília, Gráfica do Senado, 1974, p. 9-32.
- Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 2 tir, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- Collecção das Leis do Imperio Brazil: 1823*, parte 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887.
- Collecção das Leis do Imperio do Brazil: 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871.
- Collecção das Leis do Imperio Brazil de 1875*, Tomo XXIV, partes 1 e 2, v. 1, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876.
- Francisco Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil [1939]*, Tomo XII, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1961.
- Francisco Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- J. Cretella Junior, *Comentários à Constituição de 1988*, v.1, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- Jean Pierre Bonafé-Schmitt, *Las Justicias de lo Cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, Tradução e adaptação [ao espanhol]: F. J. Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez, Espanha, Laboratório de Sociologia Jurídica, 1988.
- John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução: Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2008.
- José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 13 ed, v.1, São Paulo, Saraiva, 1990.

- Hans Kelsen, *O Que é Justiça?* Tradução: Luiz Carlos Borges, 3 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- Luiz Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, Em, *THEMIS: Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, sem. jul./dez., 2006, p. 13-100.
- Manuel de Almeida e Sousa, *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, v.1, s/cidade, s/editora, s/ano.
- Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso a Justiça*, Porto Alegre, Sergio Frabis, 2002.
- Ordenações Filipinas*, Livro I, Lisboa, Gulbenkian, s/ano.
- Roberto Rosas, *Da Súmula á Súmula Vinculante*, Em, *Revista do Tribunais*, nº 879, v. 98, 2009, p. 15-47.
- José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, v. VI, 3 ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- Victor Nunes Leal, *Passado e Futuro da Súmula do STF*, Em, *Revista de Direito Administrativo*, nº 145, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981, pp. 1-41.
- Diário da Câmara dos Deputados nº 39, de 26 de março de 2010; p. 91-246.
- Diário da Câmara dos Deputados nº 147, de 28 de agosto de 2013; p. 36.613-36.619.
- Diário do Congresso Nacional, Seção I, ano XLVII, nº 58, Brasília, 01/05/1992, p. 7850-7851.
- Diário do Senado Federal nº 153, de 03 de outubro de 2009; p. 49.265-49.267.
- Diário do Senado Federal nº 46, de 09 de abril de 2010; p. 12.945-12.946.
- Diário do Senado Federal nº 087, de 09 de junho de 2010, p. 26.921-26.938.
- Diário do Senado Federal nº 198, de 02 de dezembro de 2010, p. 55.010-55.013.
- Diário do Senado Federal nº 201, 2010; p. 56.039 – 56.599.
- Diário do Senado Federal nº 201, de 07 de dezembro de 2010; p. 56.049-56.055.
- Diário do Senado Federal nº 201, de 07 de dezembro de 2010, p. 56.072-56.078.
- Diário do Senado Federal nº 206, de 17 de dezembro de 2014, p. 218.

Entre o “nome” e a “coisa” da regionalização:
algumas notas para o debate da regionalização em Moçambique,
no quadro de uma (eventual) reforma constitucional¹

*Between the “name” and the “matter” of regionalization:
some notes for the debate of regionalization in Mozambique,
in the process of (an eventual) constitutional reform*

ANTÓNIO DA COSTA LEÃO²

Resumo: Com o presente estudo pretende-se, tal como o seu título indica, dar um contributo jurídico-político à discussão, ainda não terminada, sobre a regionalização em Moçambique. É constitucionalmente legítimo o aprofundamento da regionalização administrativa? Haverá espaço no contexto da Constituição para a descentralização política? São algumas das questões inevitáveis a que procuro dar resposta.

Começa-se por contextualizar o problema no estudo das formas do Estado, para, depois de qualificar a forma do Estado moçambicano, estudar o enquadramento jurídico-constitucional de uma possível regionalização administrativa, a partir do conceito de autarquias de nível supra-municipal previsto no art.º 273/4

¹ Entregue: 2.5.2016; aprovado: 22.7.2016. O presente texto corresponde, no essencial, à minha intervenção no I Congresso Luso-Moçambicano de Direito, integrado no painel de “Sistemas Políticos e Reformas Constitucionais”, que teve lugar em Maputo, a 23 de Março de 2015, no Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, acrescido de alguns desenvolvimentos posteriores, resultantes das minhas intervenções no Debate sobre o Projecto de Lei sobre o Quadro Institucional das Autarquias Provinciais, levado a cabo pela Ordem dos Advogados de Moçambique (OAM), em Maputo, a 31 de Março de 2015, e na Beira, a 2 de Abril de 2015, e da elaboração de um parecer sobre o mesmo assunto, em co-autoria com Eduardo Chiziane, solicitado pela Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República à OAM.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente Universitário.

da CRM. A Constituição prevê, para além disso, no seu art.º 142/1, as chamadas Assembleias Provinciais que, como veremos, têm já legitimidade democrática própria, competências políticas de fiscalização, controlo e planificação, aprofundadas pela Lei n.º 5/2007, de 9 de Fevereiro. Veremos, contudo, que faltam ainda alguns aspectos essenciais para que possamos falar de descentralização política num sentido rigoroso do termo.

Palavras chave: *formas de Estado, Estado unitário, descentralização administrativa, descentralização política, regionalização.*

Abstract: With this study, as its title indicates, we intend to give a legal-political contribution to the discussion, not yet finished, on regionalization in Mozambique. Develop and extend the process of administrative regionalization is constitutionally legitimate? Will we have place in the context of the Constitution for a political decentralization? These are some of the inevitable issues that I try to solve.

We start contextualizing the problem in the study of forms of state, then, after qualifying the way the Mozambican state, we study the legal and constitutional framework of a possible administrative regionalization, approaching the concept of municipalities of supra-municipal level provided by the article 273/4 of CRM. The Constitution provides, moreover, in its article 142/1, the called Provincial Assemblies that, as we shall see, already have their own democratic legitimacy, policy enforcement powers, control and planning, developed and extended by Law n.º 5/2007 of 9 February. However, we will see that there are still some essential issues to solve so we can speak of political decentralization in a strict sense.

Key words: *forms of state, unitary state, administrative decentralization, political decentralization, regionalization.*

Introdução

Desencadeou-se recentemente entre nós, o debate sobre uma eventual regionalização (política) do Estado moçambicano, a partir do entendimento que a Constituição prevê a possibilidade de criação de autarquias supra-municipais. Debate “temperado” por posições puramente dogmáticas à volta do conceito de “unidade do Estado”, mas sobretudo, “apimentado”, com assassinato de um dos intervenientes

“colaterais”, o Professor Doutor Gilles Cistac, a quem presto a minha sentida homenagem³.

Procurarei demonstrar neste estudo que, sendo certo que a Constituição moçambicana abre a hipótese para a regionalização administrativa quando admite a possibilidade de autarquias de nível supra-municipal (art. 273/4 da CRM), essas eventuais regiões administrativas não seriam, nem poderiam ser poder regional, já que se trata de meras entidades administrativas, sem estatuto orgânico próprio, regidas pelo Direito Administrativo do Estado, e sujeitas à tutela administrativa (de legalidade e, excepcionalmente, de mérito!) do Estado, *rectius* do Governo (art. 277 da CRM).

No entanto, a Constituição prevê as chamadas Assembleias Provinciais (art. 142/1 da CRM) que, salvo melhor entendimento, têm já legitimidade própria, competências políticas de fiscalização, controlo e planificação, aprofundadas pela Lei n.º 5/2007, de 9 de Fevereiro.

A questão central consiste em saber se o poder soberano mantém o quadro actual de atribuições e competências, com os potenciais constrangimentos que podem advir num cenário de coabitação; ou se decide, em sede de revisão constitucional, no sentido do aprofundamento da descentralização/regionalização política, no sentido de estabelecer, para lá das regiões já criadas, a sua forma de governo, e a repartição de competências, sobretudo legislativas, com o Estado central.

Começarei por contextualizar o problema, no âmbito das formas de Estado. Para, depois de qualificar a forma do Estado moçambicano, partir para a densificação do conceito de Estado unitário, e a sua compatibilização com diferentes modelos de separação vertical (territorial) de poderes no contexto desse tipo de Estado unitário⁴, a

³ Para além do Homem, razão suficiente para esta sentida homenagem, está em causa o “militante” pelo Estado de Direito, e o colega, que me recebeu de braços abertos aquando da minha chegada a Moçambique, em 2004, para trabalhar na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, ao abrigo de um acordo de cooperação entre esta Faculdade e a Faculdade de Direito de Lisboa. Colega com quem depois tive oportunidade de trabalhar em diversos momentos da nossa vida académica. Á sua memória.

⁴ Para além da clássica separação horizontal de poderes, realizada entre órgãos com a mesma categoria, pode também falar-se em separação (ou repartição) vertical de poderes, quando abaixo do Estado existem entidades infra-estaduais que têm poderes

saber: a descentralização administrativa e a descentralização política. Aí chegados, impor-se-á perguntar: quais destes modelos de descentralização estão previstos na Constituição moçambicana? Questão a que procurarei responder analisando o regime aí previsto para as autarquias (poder local, arts. 271 e ss da CRM), e para as Assembleias Provinciais (art. 142 da CRM). O estudo termina com uma breve análise geral ao recente Projecto de Lei sobre o Quadro Institucional das Autarquias Provinciais.

1. Descentralização/regionalização e forma de Estado

O problema da descentralização tem a ver com a forma de Estado, ou seja, o modo como o poder constituinte soberano pode dispor – e tem disposto, em termos de Direito comparado – o poder do Estado face a outros poderes de igual natureza quanto ao povo e ao território. Representa, noutros termos, a relação entre a comunidade, o poder político e o território⁵. Com base nesta relação é possível diferenciar dois grandes modelos de formas de Estado, cujo critério de distinção reside na unidade ou pluralidade de estruturas estaduais e dos seus elementos constitutivos (unidade ou pluralidade de poderes políticos; unidade ou pluralidade de ordenamentos jurídicos originários ou de Constituições; unidade ou pluralidade dos sistemas de funções e órgãos do Estado; e unidade ou pluralidade de centros de decisão políticos), a saber, Estados simples ou unitários, e Estados compostos ou complexos.

autónomos, como é o caso das regiões autónomas, das autarquias e das Instituições Públicas. v. J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 555.

⁵ Sobre o conceito e espécies de forma do Estado, v. MARCELLO CAETANO: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.^a edição, Reimp., Almedina, Coimbra, 1996, pp. 133-142; HANS KELSEN: *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 433-462; JORGE MIRANDA: *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, pp. 298-315; REINHOLD ZIPPELIUS: *Teoria Geral do Estado*, 3.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 503-519.

Neste aspecto, o Estado moçambicano assume-se como um Estado unitário⁶, o que significa, no essencial, a existência de: (1) um só povo, *i.e.*, uma única cidadania atribuída às pessoas que têm um vínculo jurídico-político com esse Estado; (2) uma só soberania, *i.e.*, uma única raiz do poder constituinte e, por maioria de razão, dos outros poderes constituídos; (3) um só território, *i.e.*, um único espaço geográfico de aplicação da ordem jurídica estadual. O que se traduz, depois, na exclusividade de um conjunto de competências essenciais: (1) o poder constituinte originário (o poder de elaborar uma constituição), que é por inerência do Estado; (2) o poder constituinte derivado (ou de modificar a Constituição), em que só o Estado intervém; (3) e, *cum grano salis*, o poder jurisdicional, reservado aos tribunais estaduais⁷.

Já em relação a outros poderes estaduais, é – e tem sido – possível a sua distribuição entre o Estado e outras estruturas políticas infra-estaduais, de outro tipo de funções e actos, nomeadamente: (1) da função administrativa, e dos actos de natureza administrativa; (2) da função política, e dos actos políticos; (3) da função legislativa, e dos

⁶ «A República de Moçambique é um Estado unitário» (art. 8 da CRM, 1.^a parte). Unitário é aquele Estado que é dotado de apenas um só ordenamento jurídico, cujas normas regulam os comportamentos dos seus cidadãos nos termos de uma só Constituição, produto de um só poder constituinte. O princípio da unidade do Estado exclui necessariamente, não apenas a secessão de qualquer parte do país, mas também todas as formas de fraccionamento do Estado, incluindo por via de federalização ou equivalente (cfr. art. 6 da CRM). Unidade do Estado quer dizer por isso, uma República una, com uma única Constituição e órgãos de soberania únicos para todo o território nacional. Este carácter unitário constitui um limite material de revisão constitucional intimamente ligado à soberania e à independência nacional (art. 292.º/1 a) da CRM). No entanto, este princípio não exclui, antes é congruente, com a autonomia das autarquias locais (art. 8 da CRM, 2.^a parte), também ela um limite material de revisão constitucional (art. 292.º/1 j) da CRM).

⁷ Neste sentido, v. JORGE BACELAR GOUVEIA: *Direito Constitucional de Angola*, IDILP, Lisboa, 2014, pp. 562-563. Esta última afirmação deverá, contudo, ser lida *cum grano salis*, já que por força do art.º 4 da Constituição moçambicana, este princípio da exclusividade dos tribunais cede lugar ao reconhecimento de outros sistemas «de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana», verificando-se assim, tendencialmente, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, a queda de um princípio que parecia sagrado, e que se traduz na perda de “exclusividade” dos tribunais.

actos legislativos⁸. E portanto, o Estado unitário tanto pode ser um Estado unitário centralizado (com diferentes níveis de descentralização administrativa), como ser um Estado descentralizado ou regional.

2. Modelos de descentralização/regionalização

Não existe, hoje, um exemplo de centralização total do Estado, uma vez que, pelo menos a função administrativa está sempre em maior ou menor grau repartido por outras entidades⁹. Mas a descentralização pode incidir apenas na função administrativa, ou ir um pouco mais longe, e abranger também a função político-legislativa.

Face a isto, podemos considerar dois tipos de descentralização: uma, menos intensa, que apenas corresponde em termos gerais, à repartição/atribuição de funções de natureza administrativa a outras entidades distintas da pessoa colectiva Estado, sendo, por isso, meramente administrativa; e outra, de descentralização política, que determina uma opção política e que respeita sempre a uma base territorial, sendo que, em regra, quando existe esta última, também existe a primeira. Há, portanto, dois modelos de descentralização (devolução de competências às comunidades), e é fundamental que estejamos conscientes desses modelos para sabermos, efectivamente, o que está em causa.

⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA: *Direito Constitucional de Angola*, p. 563.

⁹ JORGE MIRANDA: *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 300-301. Esta descentralização administrativa pode verificar-se em três níveis: (a) descentralização de base territorial, na qual existe uma determinada parte do território a quem a ordem jurídica confere poderes administrativos, tendentes à satisfação de necessidades próprias da população residente nesse território, como é o caso das autarquias locais (v. art.º 271/1 da CRM); (b) descentralização de base institucional, na qual há uma instituição a quem o direito confere personalidade jurídica para o exercício da função administrativa, destinando-se a prosseguir fins do próprio Estado, como é o caso dos Institutos Públicos; (c) descentralização de base associativa, na qual a ordem jurídica pode atribuir personalidade jurídica a uma determinada associação. Esta pode assumir três tipos: públicas (*u.g.*, uma Associação de Municípios), privadas (*u.g.*, as corporações, ou ordens profissionais), ou mistas (entidades públicas e privadas).

2.1. Descentralização/regionalização administrativa

Em primeiro lugar, as “Regiões Administrativas”.

No quadro da Constituição, as autarquias locais são pessoas colectivas públicas (art. 272/2 da CRM), distintas do da pessoa colectiva Estado, que exercem a função administrativa. São pessoas colectivas que se caracterizam por um determinado território, no âmbito do qual é exercido o poder administrativo. Têm um agregado populacional (as «populações respectivas»), e esse agregado populacional é relevante, no quadro da determinação de um conjunto de direitos e deveres que cabem às pessoas que aí residem¹⁰.

A Constituição moçambicana abre a hipótese para a regionalização administrativa (para o aprofundamento da descentralização administrativa, cfr. art. 250/1 da CRM) quando, ao referir-se às autarquias locais, diz que as autarquias locais são os municípios e as povoações (art. 273/1 da CRM), mas que pode haver autarquias de nível supra-municipal, quando determina, no seu art. 273/4, que «A lei pode estabelecer outras categorias autárquica superiores ou inferiores à circunscrição territorial do município ou da povoação».

As Regiões Administrativas são poder local, as Regiões Administrativas não são poder regional! O que quer isto dizer?

Significa, em primeiro lugar, que as autarquias supra-municipais são níveis de poder local superiores aos municípios, são entidades administrativas e não entidades políticas. Regem-se pelo Direito Administrativo do Estado e não têm estatuto orgânico próprio. Têm poderes meramente administrativos e não têm poderes políticos. Se o legislador (ordinário) moçambicano entender por bem criar autarquias supra-municipais, estas não terão estatutos orgânicos regionais, não terão poderes políticos (*mx.* legislativos regionais), terão poderes meramente administrativos.

¹⁰ Típico da noção de autarquia local é a ideia da prossecução de interesses comuns (os «interesses das populações respectivas»), no quadro da Administração pública, e aqui a dificuldade de distinguir aquilo que é atribuição de uma autarquia, daquilo que é uma atribuição do Estado, no quadro de uma lógica em que existe descentralização, mas em que há unidade do Estado.

Significa, em segundo lugar, que sendo entidades administrativas, fazem auto-administração e não auto-governo. E esta questão tem de ficar muito clara. Dizer, podemos criar autarquias supra-municipais e as regiões vão passar a ter mais poder político? Não! Os poderes políticos (*mx.* governativo e legislativo, ou seja, a decisão política), continuarão centrados no Governo e no Parlamento.

Porque as Regiões Administrativas deliberam, regulamentam (art. 278 da CRM), mas não governam, e não legislam. Esta é uma questão essencial que nós temos de ter em conta. O poder local não decide politicamente, não elabora planos regionais de desenvolvimento, não legisla, porque isso continua a ser decidido a nível central (ou de outra realidade que venha a ser criada).

É aliás demonstrativa, a sujeição das autarquias à tutela administrativa (de legalidade e, excepcionalmente, de mérito!) do Estado, *rectius* do Governo (art. 277 da CRM).

2.2. Descentralização/regionalização política

Realidade distinta é a descentralização, ou regionalização política. Aí sim, estamos em presença de um poder regional. Porque?

As regiões políticas participam no exercício da função política estadual, ainda que parcialmente. A regionalização política implica a criação de entidades políticas com poderes políticos, ou seja, a criação de parlamentos e governos regionais. Não estamos já em presença de auto-administração, mas sim de auto-governo.

A partir daqui, um conjunto de questões se revelam inevitáveis. Justifica-se perante a realidade moçambicana avançar no sentido da regionalização política? Noutros termos, Moçambique é um país geograficamente regionalizado? Um dos principais motivos para a descentralização pode ser o facto de ela permitir a possibilidade de regular a mesma matéria de modo diferente para diferentes regiões. As regiões do país têm (para lá das várias afinidades) características geográficas, humanas, ou políticas próprias? Estamos em presença de uma realidade unipolar em matéria de desenvolvimento económico, ou temos já (ou queremos criar) várias centralidades em termos sociopolíticos

ou económicos? Tudo isso – sem ser exaustivo – são questões prévias que poderão/deverão ser colocadas na abordagem do problema.

As razões e os meios que levaram outros Estados a avançar nesse sentido foram as mais diversas, e por isso confrontamo-nos em Direito comparado com realidades distintas, nomeadamente, com um grau de descentralização muito variável. Importa, por isso, distinguir as diversas categorias de Estados Regionais, ou Estados Descentralizados:

- a. A descentralização pode ser integral – quando todo o território se divide em regiões autónomas, como são os casos da África do Sul (1994), ou da Espanha (1941) – ou parcial – quando coexistem regiões politicamente autónomas com regiões ou circunscrições só com descentralização administrativa, como é, actualmente, o caso português;
- b. A descentralização pode ser homogénea – quando, independentemente de a descentralização ser integral ou parcial, a organização das regiões é, no essencial, idêntica (*v.g.*, África do Sul) – ou heterogénea – quando existe uma organização diferenciada, entre regiões de estatuto comum e regiões de estatuto especial, como são, por exemplo, os casos de Itália e de Espanha;
- c. Os Estados podem criar regiões de fins gerais ou diferentemente, podem criar regiões de fins especiais – neste caso, é uma regionalização moldada em função de interesses específicos, nomeadamente em função de características humanas, culturais, ou políticas próprias, como foi o caso da Bélgica, entre 1971 e 1993 (em que as regiões da Flandres, Valónia e Bruxelas, correspondiam ao espaço de influência cultural e linguístico flamengo, francês e alemão, respectivamente)¹¹.

Sendo que, inicialmente, o regionalismo moderno tinha como objectivo contribuir para a salvaguarda jurídica dos particularismos das minorias étnicas, espelhando-se nesse regionalismo, tal como antes, a necessidade de uma pessoa se sentir acolhida por uma comunidade de cultura e costumes tradicionais, conservando a diversidade e a particu-

¹¹ V. JORGE MIRANDA: *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 302-305.

laridade cultural face às forças igualitárias da civilização moderna¹²; o regionalismo moderno está hoje integrado nos grandes programas gerais da *Good Governance*, orientado pelos princípios da eficácia e eficiência e, conseqüentemente, do princípio da subsidiariedade – ou da procura de um nível máximo de eficiência¹³.

3. Moçambique: Estado regionalizado?

E aqui chegados, a questão que imediatamente se coloca é a seguinte: pode Moçambique avançar no sentido de uma descentralização política? Salvo melhor opinião, embora de uma forma bastante incipiente, já avançou! Em que termos?

3.1. O quadro constitucional e legal

Geradas, mas não criadas, com a revisão constitucional de 2004, as Assembleias Provinciais são órgãos de representação democrática (eleitas por sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico e de harmonia com o princípio de representação proporcional, cujo mandato tem a duração de cinco anos), o que lhes confere legitimidade própria e, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição, um certo grau de autonomia (veja-se a esse propósito, o art. 142/1 da CRM).

Depois, ao nível das suas competências, compete-lhes, nomeadamente: (1) fiscalizar e controlar a observância dos princípios e normas estabelecidas na Constituição e nas leis, bem como das decisões do Conselho de Ministros referentes a respectiva província; (2) aprovar o programa do Governo Provincial, fiscalizar e controlar o seu cumprimento (art. 142/2 a) e b) da CRM); para além de outras competências que venham a ser criadas por lei (art. 142/1 da CRM). O que é isto? Salvo melhor opinião, a fiscalização e controlo da observância

¹² Exemplo típico é normalmente o que acabámos de referir, do Estado belga, entre 1971 e 1993, mas foi também, em certa medida, a génese da regionalização espanhola (1941) e Italiana (1947).

¹³ REINHOLD ZIPPELIUS: *Teoria Geral do Estado*, p. 505.

dos princípios e normas estabelecidas na Constituição e nas leis, e das decisões do Conselho de Ministros no âmbito provincial; bem como a aprovação, fiscalização e controlo do cumprimento do programa do Governo Provincial, são já, competências políticas. São funções de natureza política, são actos da função política.

A isto acresce hoje, após a sua efectiva criação, no âmbito da Lei n.º 5/2007, de 9 de Fevereiro – que, em bom rigor, estabelece já os estatutos dessas regiões de âmbito provincial – um conjunto de competências de natureza política.

Em termos gerais, a emissão de recomendações ao Governo, sobre questões de desenvolvimento económico, social e cultural da província, no interesse das respectivas populações; a fiscalização da actividade dos órgãos e serviços do executivo, empresas ou institutos públicos no âmbito da província (art. 36/2 a) da Lei 5/2007); a convocação do Governo Provincial para reuniões da Assembleia (o que, mais uma vez, pressupõe autonomia), bem como a obtenção deste das informações sobre questões de interesse público que venham a ser consideradas pertinentes (art. 37/g) e h) da Lei 5/2007).

Depois, em termos de representação democrática, os poderes de fiscalização da supervisão dos serviços da Administração do Estado; da defesa, manutenção e conservação dos bens do domínio público e do património do Estado; da execução dos contratos programa; da actividade dos órgãos executivos provinciais e das delegações dos organismos ou instituições centrais, na sua Província (art. 38/1 c), d), e) e f) da Lei 5/2007).

Depois, agora em termos de competências em matéria financeira, o poder de aprovação da proposta do plano e orçamento provincial e a aprovação do seu relatório de balanço; de fiscalização da execução do plano e orçamento provincial; e dos programas determinados pelos órgãos centrais (art. 39/c), d) e e) da Lei 5/2007).

Por fim, mas não menos importante, um conjunto de competências em matéria de programas económicos, sociais e culturais, nomeadamente, a aprovação da proposta e a fiscalização da execução de programas plurianuais de apoio ao desenvolvimento distrital (art. 40/2 da Lei 5/2007); e de aprovação de planos e programas em matéria ambiental (art. 41 da Lei 5/2007).

Ainda assim: são o suficiente para que possamos falar num Estado regionalizado? Temos ainda um estado politicamente centralizado, com uns laivos de descentralização; ou temos já um Estado descentralizado, embora de uma forma ainda incipiente? Diria que é a velha questão de saber se “garrafa está meio cheia”, ou “meio vazia”! E não pretendo, deliberadamente, dar uma resposta definitiva a esta questão.

Naturalmente que, para se concretizar, faltam alguns elementos essenciais, nomeadamente a criação de órgãos de governo regionais, a sua necessária articulação e eventuais transferências de competências relativamente ao Governo da República e aos actuais Governos Provinciais – que traduzem um outro fenómeno completamente distinto, de desconcentração¹⁴ – e, *the last but not the least*, a atribuição de poderes legislativos ou, no mínimo, de adaptação legislativa (que poderão ser atribuídas, mantendo as características e restrições específicas dessas colectividades), nos assuntos onde se exercem as suas competências¹⁵.

3.2. O Projecto de Lei sobre o Quadro Institucional das Autarquias Provinciais

Foi entretanto apresentado à Assembleia da República, em Março de 2015, um «Projecto de Lei sobre o Quadro Institucional das Autarquias Provinciais» (Projecto), que não mereceu a aprovação do Parlamento.

¹⁴ O Estado, ainda que unitário, pode subdividir-se internamente correspondendo, assim, a uma forma de repartição territorial do poder. Esta repartição pode obedecer a dois esquemas distintos: de desconcentração, ou de descentralização administrativa. Quando falamos em desconcentração falamos de órgãos locais do Estado, que são órgãos da pessoa colectiva Estado, e que na dependência hierárquica do Governo, exercem uma competência limitada a uma certa circunscrição administrativa (arts. 141 e 262 a 264 da CRM). Quando falamos em descentralização administrativa falamos na atribuição de funções de natureza administrativa a uma pessoa distinta da pessoa colectiva Estado, tendentes à satisfação de necessidades próprias da sua comunidade (art. 271/1 da CRM).

¹⁵ E que nunca poderão abranger matérias tais como cidadania, direitos, liberdades e garantias, estado e capacidade das pessoas, organização da justiça, Direito e Processo Penal, política externa, defesa, segurança e ordem públicas, moeda, crédito e câmbios, bem como de Direito Eleitoral.

Em termos gerais o Projecto suscitava uma “constelação” de perplexidades, que, de um ponto de vista jurídico-constitucional, se traduziam na sua manifesta desconformidade com a Constituição, tanto de um ponto de vista formal, como de um ponto de vista orgânico. Por razões de economia do presente estudo, de uma forma, necessariamente, tópica, referir-me-ei aqui àquilo que consideramos ser, na altura, os problemas “estruturais” do Projecto, cada um deles com força suficiente para obrigar à sua total reformulação¹⁶.

Desde logo (a), o seu âmbito imediato de abrangência, circunscrita apenas a uma parte do território (arts. 65 e 70 do Projecto); (b) a transferência dos actuais distritos, postos administrativos, localidades e povoações para a alçada das novas autarquias provinciais (cfr. Arts. 3/3 e 12/4 do Projecto); (c) a “transmutação” dos membros das actuais assembleias provinciais eleitos nas eleições para as Assembleias Provinciais de 15 de Outubro de 2014, para as Assembleias de Província, e os poderes do candidato mais votado nas últimas eleições presidenciais da mesma data, para designar (!) os futuros presidentes dos conselhos provinciais das províncias abrangidas (art. 65/2 do Projecto). Vejamos cada um destes aspectos.

a. A criação das autarquias provinciais

Segundo o art.º 65/1 do Projecto, seriam criadas as autarquias provinciais de: (a) Niassa; (b) Nampula; (c) Zambézia; (d) Tete; (e) Manica e (f) Sofala. Questão que imediatamente se coloca consiste em saber, porquê a criação de autarquias provinciais apenas nestas províncias, e não todas? Porquê nestas, e não em outras? Seria, como se lê na Fundamentação do Projecto, porque é nestas «províncias onde o anseio de descentralização e aprofundamento da democracia mais se reclama e é sentido»? Apenas nas províncias do centro e norte do país? Com base em que critérios?

¹⁶ Refiro-me, neste ponto, ao já citado parecer sobre o Projecto de Lei sobre o Quadro Institucional das Autarquias Provinciais, em co-autoria com Eduardo Chiziane, solicitado pela Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República à OAM.

Importa, em primeiro lugar, ter em conta a generalidade como a característica essencial da lei. Nestes termos, lei em sentido material seria uma regra formulada genericamente e não para um certo caso ou para certa pessoa¹⁷. Tal parece ser a orientação consagrada no art. 169/2 da CRM (e no art. 1.º/2 do CC). Salvo melhor opinião, o Projecto em análise era «quase individual», ao abranger apenas uma parte do território, não por questões objectivas, ou objectiváveis, mas por um mero (e virtual) posicionamento político-partidário dos seus eleitores.

Nada obsta a que o processo de descentralização seja parcial – o caso português, por questões, entre outras, de descontinuidade geográfica, é exemplo disso; nada impede, que a descentralização seja heterogénea, estabelecendo uma organização e estatutos diferenciados, como são, por exemplo, por questões de natureza económica, social, e cultural, os casos de Itália e de Espanha; nada obsta, inclusivamente, que factores culturais sejam determinantes neste processo, a ponto de moldar toda uma organização política do país. Foram interesses específicos, nomeadamente em função de características humanas, culturais, ou políticas próprias, que estiveram subjacentes ao modelo de descentralização belga, que vigorou entre 1971 e 1993¹⁸, e que mais tarde evoluiu para o federalismo. No caso em análise faltaram justificações, seja de natureza económica, social ou, porque não também cultural, devidamente fundamentadas e consensualizadas, que legitimassem esta opção.

Mas para além da generalidade, coloca-se, em segundo lugar, o problema da abstracção da lei¹⁹. Estas características de generalidade e abstracção foram acolhidas, expressamente, pela Constituição moçambicana, ao estabelecer no artigo 56/3 que «as restrições legais dos

¹⁷ MARCELLO CAETANO: Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, p. 160.

¹⁸ V. JORGE MIRANDA: Teoria do Estado e da Constituição, pp. 302-305.

¹⁹ Outros autores entendem que o carácter material da lei deriva ainda, para além da abstracção (hipotética), da novidade (que a norma traduza uma modificação na ordem jurídica por autoridade do legislador), da interferência na esfera de liberdade ou de propriedade das pessoas; e da execução imediata ou da concretização da Constituição (MARCELLO CAETANO: Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, pp. 163-165).

direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto»²⁰. Parece-me, contudo, que estas exigências apenas incidem sobre esse tipo de leis restritivas²¹, o que não é o caso. Independentemente disso, a abstracção enquanto característica da lei tem vindo a ser posta em causa, ou mesmo abandonada, sobretudo, devido à emergência das chamadas leis-medida²², ou seja, leis que se traduzem em medidas ou providências para a resolução de certos problemas (leis de intervenção em situações concretas para determinados efeitos, *v.g.*, em caso de calamidade, cheias, catástrofes, etc.). Há, para além disso, outras leis não abstractas, como as orçamentais, as de autorização (financeiras ou não), as de amnistia, ou ainda as de declaração do estado de sítio ou de emergência (v. art. 282/1 da CRM).

Parece-me, contudo, que tanto as leis individuais como as leis-medida têm que obter uma legitimação constitucional específica, no mínimo, não colidir com o princípio da igualdade. Ora, no quadro da Constituição (cfr. arts. 250 e 271 e ss da CRM), a autonomia administrativa e financeira das autarquias provinciais e, desde logo, a sua própria criação, dever-se-á fundar no princípio da subsidiariedade das suas funções, em relação ao Estado, e em relação aos municípios e a eventuais entidades infra-municipais a criar (cfr. art. 4/3 do Projecto), no quadro de uma organização unitária do Estado. Se assim for, não se entende a particularização deste modelo de organização apenas para uma parte do território, baseado em resultados eleitorais *a latere*.

Mas esta criação parcial levantava ainda um outro problema: nos termos do art. 70 do Projecto, seriam revogadas um conjunto

²⁰ Neste preceito estabeleceu-se uma dupla reserva: (a) reserva de lei formal em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias; (b) reserva de lei geral e abstracta, vetando-se que leis individuais venham restringir os direitos dos cidadãos.

²¹ Em face disso, nós podemos dizer que a lei é essencialmente geral (regra para uma categoria de pessoas) e naturalmente, embora não necessariamente abstracta (a tipicidade ou hipoteticidade das situações ou factos por ela previstos ou regulados). Quanto à generalidade, pode haver uma lei individual, ou aparentemente individual, desde que por trás do comando aplicável a certa pessoa se possa encontrar uma prescrição ou um princípio geral.

²² Sobre a natureza das chamadas leis medida, v. J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 711-713, e JORGE MIRANDA: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, pp. 135-137.

de normas, nomeadamente, da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro (Lei de Terras)²³; da Lei n.º 8/2003, de 19 de Maio (princípios e normas de organização, competências e funcionamento dos órgãos locais do Estado nos escalões de província, distrito, posto administrativo e de localidade)²⁴; da Lei n.º 3/93, de 24 de Junho (quadro legal básico e uniforme do processo de realização, na República de Moçambique, de investimentos nacionais e estrangeiros elegíveis ao gozo das garantias e incentivos nela previstos)²⁵; e da Lei n.º 7/97, de 31 de Maio com as alterações introduzidas pela Lei n.º 6/2007, de 9 de Fevereiro (regime jurídico da tutela administrativa do Estado a que estão sujeitas as autarquias locais)²⁶; e ainda dos Decretos n.º 22/2014, de 16 de Maio (Regulamento do Licenciamento da Actividade Industrial)²⁷; e n.º 43/2009, de 21 de Agosto (Regulamento da Lei, n.º 3/93, de 24 de Junho, Lei de Investimentos)²⁸.

Se a instituição de autarquias fosse parcial, como seria possível revogar estas normas, gerais e abstractas que valem para todo o território nacional? Segundo o sistema em vigor e de acordo com o acima foi referido, as leis não podem valer para um determinado local do país, justamente porque as autarquias não são entidades políticas mas administrativas; as leis não podem ser revogadas parcialmente, pois isso não é compatível, desde logo, com o princípio do Estado unitário.

b. A transferência dos actuais distritos, postos administrativos, localidades e povoações para a alçada das novas autarquias provinciais

Segundo problema: a criação autarquias provinciais implicava, nos termos do Projecto, a transferência dos actuais distritos, postos admi-

²³ As alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 22, relativo à competência dos Governadores Provinciais para autorizar Duat's e licenças em áreas não cobertas por planos de urbanização.

²⁴ Art. 8, alíneas i) e k) do n.º 1 do art.º 17, a) e b) do art. 19, e arts. 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54.

²⁵ O n.º 1 do art. 21.

²⁶ O n.º 3 do art. 4.

²⁷ O n.º 2 do art. 9.

²⁸ As alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 12.

nistrativos, localidades e povoações para a alçada das novas autarquias provinciais. Que dizer a isto?

Sabemos que o Estado não é a única comunidade territorial. Acima do Estado e dentro do Estado, existem outras colectividades cujos ordenamentos adquirem, nuns casos mais vincadamente do que outros, carácter territorial. Colectividades territoriais dentro do próprio Estado são, no nosso caso, antes de mais, os municípios e as povoações (art. 273/1 da CRM). Poderiam vir a ser eventuais autarquias de nível supra-municipal, como seria o caso das Autarquias Provinciais aqui em análise, ou outras, nomeadamente, associações de municípios, ou poderiam ser ainda as chamadas associações de autarquias provinciais, previstas no art. 5 do Projecto em análise; ou eventuais entidades infra-povoacionais, nos termos do art. 273/4 da CRM²⁹ (descentralização administrativa). Poderão ser, ainda – à semelhança do que ocorre em outros países – as chamadas regiões ou províncias autónomas.

Isto leva-nos a distinguir, no âmbito interno, duas realidades completamente distintas: a circunscrição e a autarquia local. A circunscrição, que se define apenas por um elemento territorial, é apenas uma porção do território que resulta de uma certa divisão do conjunto; ao passo que, a autarquia local é uma pessoa colectiva, uma entidade pública administrativa, que tem por base uma área territorial, mas sendo mais que isso, sendo uma comunidade de pessoas, vivendo numa determinada circunscrição, com determinada organização e para prosseguir certos fins. As circunscrições administrativas são parcelas do território nas quais actuam órgãos locais do Estado (da pessoa colectiva Estado)³⁰; enquanto as autarquias locais são pessoas colectivas *per se* (v. art. 272/2 da CRM), distintas do Estado, cujas áreas podem ou não assentar ou ter base nas circunscrições administrativas (v. art. 273/4 da CRM)³¹.

²⁹ «A lei pode estabelecer outras categorias autárquicas superiores ou inferiores à circunscrição territorial do município ou da povoação».

³⁰ Órgãos locais do Estado são os órgãos da pessoa colectiva Estado, que na dependência hierárquica do Governo, exercem um a competência limitada a uma certa circunscrição administrativa (v. art. 262 da CRM).

³¹ V.g., as repartições de finanças são circunscrições administrativas, não são autarquias locais, não têm personalidade jurídica própria, integram a administração local do Estado.

Para efeitos de administração local do Estado, o país divide-se, actualmente, em províncias, distritos, postos administrativos, localidades e povoações (art. 7/1 da CRM). Para efeitos de administração local autárquica o território divide-se em municípios e em povoações (art. 273/1 da CRM). Enquanto as leis dimanadas dos órgãos do Estado podem ser de âmbito geral – e, em princípio, num Estado unitário como o moçambicano, são-no, regra geral – ou de âmbito local; os regulamentos das autarquias locais (cfr. art. 278 da CRM) são sempre de âmbito estritamente local.

A forma encontrada no Projecto em análise, confundia duas realidades diferentes, o que, para além de questionável sob o ponto de vista conceptual e técnico, abriria seguramente um espaço de conflitualidade dificilmente sanável. A título de exemplo, como explicar que alguém, alheio a Administração Pública, pudesse fazer nomeações para órgãos da mesma Administração (cfr. art. 65/2, b do Projecto)?

c. A “transmutação” dos membros das actuais assembleias provinciais eleitos nas eleições das assembleias provinciais de 15 de Outubro de 2014 para as assembleias de província; e os poderes do candidato mais votado nas últimas eleições presidenciais da mesma data, para designar (!) os futuros presidentes dos conselhos provinciais das províncias abrangidas

A terceira “constelação” de perplexidades: segundo o art. 65/2 do Projecto, até à realização das eleições: (a) as assembleias de província seriam compostas pelos membros das respectivas assembleias provinciais eleitos nas eleições das assembleias provinciais de 15 de Outubro de 2014; e (b) os presidentes dos conselhos provinciais, seriam designados pelo candidato mais votado nas eleições presidenciais das províncias abrangidas, e ratificado pela assembleia de província!

Desde logo, o Projecto em análise proponha-se absorver uma realidade superior. Mal ou bem, de uma forma efectiva ou incipiente, as Assembleias provinciais são já um fenómeno de descentralização política, constitucionalmente previsto (art. 142 da CRM); e que não pode

ser aniquilado por lei. As Assembleias provinciais têm, como se viu, competências constitucionais (e legais) de natureza política, que não podem deixar de ser exercidas. Tão pouco poderiam ser transferidas a uma entidade puramente administrativa.

Independentemente disso, vigora entre nós, em matéria de designação dos titulares dos órgãos electivos, o princípio da imediatividade do sufrágio. Como princípio geral de designação dos titulares dos órgãos electivos de soberania, das províncias e do poder local, o voto é directo (arts. 73, 135/1, cfr. ainda os arts. 142, 147, 170, 275/2 e 3 da CRM³²). Significa que o voto tem de resultar «imediatamente» da manifestação da vontade do eleitor, sem qualquer intervenção de uma vontade alheia.

Em ambos os casos, sendo órgãos constitucionais (art. 275 da CRM), não podem ser designados senão de acordo com a forma constitucionalmente prevista (cfr. art. 2 da CRM); sendo órgãos representativos, não podem ser designados de outra forma que não a eleição especificamente dirigida para esse efeito, e não com base nos resultados do pleito eleitoral de 15 de Outubro de 2015 (que visavam a eleição do Presidente da República, dos deputados da Assembleia da República, e dos membros das Assembleias Provinciais); acresce, no segundo caso, a designação por uma entidade sem qualquer legitimidade no quadro das funções, actos e órgãos do Estado, o «candidato mais votado nas eleições presidenciais»!?

4. Em jeito de conclusão: um passo á frente, ou dois passos atrás?

Não existe, hoje, um exemplo de centralização total do Estado, uma vez que, pelo menos a função administrativa está sempre em maior ou menor grau repartido por outras entidades. Neste capítulo, a Constituição moçambicana abre a hipótese para a regionalização administrativa (para o aprofundamento da descentralização administrativa, cfr. art. 250/1 da CRM) quando, ao referir-se às autarquias locais, diz

³² Imediaticidade do sufrágio que é ainda limite de revisão constitucional (cfr. art. 292/1 e) da CRM).

que as autarquias locais são os municípios e as povoações (art. 273/1 da CRM), mas que pode haver autarquias de nível supra-municipal, quando determina, no seu art. 273/4, que «A lei pode estabelecer outras categorias autárquica superiores ou inferiores à circunscrição territorial do município ou da povoação». Essas eventuais regiões administrativas não seriam, nem poderiam ser poder regional, já que se trata de meras entidades administrativas, sem estatuto orgânico próprio, regidas pelo Direito Administrativo do Estado, e sujeitas à tutela administrativa (de legalidade e, excepcionalmente, de mérito) do Estado, *rectius* do Governo (art. 277 da CRM).

Realidade distinta é a descentralização, ou regionalização política. Concluimos, neste ponto, que a Constituição ao prever as chamadas Assembleias Provinciais (art. 142/1 da CRM), com legitimidade democrática própria, competências políticas de fiscalização, controlo e planificação, aprofundadas pela Lei n.º 5/2007, de 9 de Fevereiro, deu já um primeiro passo nesse sentido. Naturalmente que, para se concretizar, faltam alguns elementos essenciais, nomeadamente a criação de órgãos de governo regionais, a sua necessária articulação e eventuais transferências de competências relativamente ao Governo da República e aos actuais Governos Provinciais – que traduzem um outro fenómeno completamente distinto, de desconcentração – e, *the last but not the least*, a atribuição de poderes legislativos ou, no mínimo, de adaptação legislativa (que poderão ser atribuídas, mantendo as características e restrições específicas dessas colectividades), nos assuntos onde se exercem as suas competências.

Um passo à frente, ou dois passos atrás? Dois passos à frente ou um passo atrás? É uma questão de ponto de vista, que só o poder soberano poderá resolver. Um ou dois passos à frente significa necessariamente, uma revisão constitucional, com o necessário consenso abrangente que lhe está subjacente, que estabeleça, para lá das regiões já criadas, a sua forma de governo, e a repartição de competências, sobretudo legislativas, com o Estado central.

A não se concretizar tal reforma, talvez não seja descabido pensar em dar um ou dois passos atrás! Porque perante o actual leque de competências legais das Assembleias Provinciais, não se me afigura fácil conceber um cenário de coabitação.

Sendo certo que o Estado moderno não pode escapar aos movimentos de internacionalização, globalização, integração regional e descentralização, ou seja, aquilo que poderemos designar pela actual tendência de fragmentação do Estado³³, saber se, como, e quando, é uma decisão do poder soberano. Como académico, procurei apenas explicar “o nome e a coisa”!

BIBLIOGRAFIA

- MARCELLO CAETANO: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.ª edição, Reimp., Almedina, Coimbra, 1996.
- J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- JORGE MIRANDA: *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- JORGE BACELAR GOUVEIA: *Direito Constitucional de Angola*, IDILP, Lisboa, 2014.
- ARMANDO MARQUES GUEDES: «O funcionamento do Estado em época de globalização: o transbordo e as cascatas do poder», in *Nação e Defesa*, 101, 2.ª Série, 2002, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, pp. 99-137.
- HANS KELSEN: *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- REINHOLD ZIPPELIUS: *Teoria Geral do Estado*, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

³³ Sobre esta ideia de fragmentação do Estado, v. ARMANDO MARQUES GUEDES: «O funcionamento do Estado em época de globalização: o transbordo e as cascatas do poder», in *Nação e Defesa*, 101, 2.ª Série, 2002, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, pp. 99-137.

Provedor de Justiça e acesso à Justiça Administrativa: uma perspectiva moçambicana¹

GILDO ESPADA²

Resumo: Como garante da *boa administração* cabe ao Provedor de Justiça a *salvaguarda* da mesma, velando pela protecção dos direitos individuais contra decisões violadoras das regras e princípios jurídicos que os ofendem, e a *promoção* da boa administração, justificando-se por isso a titularidade, de sua parte, de poderes de iniciativa para investigar, denunciar irregularidades e recomendar as alterações visando a melhoria dos serviços públicos.

Por isso, o Provedor de Justiça constitui, ele próprio, um órgão da administração pública, em sentido orgânico; Por isso, questiona-se até que ponto o Provedor de Justiça é independente, pois para além de ser um órgão da administração pública ele deve ainda submeter uma informação anual à Assembleia da República.

Pelo que torna-se importante esclarecer o papel do Provedor de Justiça como um órgão autónomo e independente, não soberano e sem relações de paridade com os diversos órgãos de soberania, e nem de hierarquia e de subordinação com nenhum outro órgão da administração Pública. E a conclusão a que se chega é óbvia: a ausência de controlos externos sobre o Provedor de Justiça por parte de outras estruturas do sistema político.

O facto de o Provedor de Justiça ter uma forma própria de aquisição e conservação do poder é um elemento chave que o difere dos demais órgãos do Estado, que permitirá perceber a dinâmica deste órgão. O facto de o Provedor não ser eleito por voto popular, não estando assim sujeito à pressão dos eleitores, dos

¹ Entregue: 13.12.2015; aprovado: 8.2.2016.

² Gildo Manuel Espada (gildoespada@gmail.com) é Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Macau. É Doutor em Direito Pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em parceria com o Instituto superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique Professor Auxiliar do Instituto superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, no qual exerce as funções de Coordenador-adjunto do Curso de Direito. É docente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. É formador convidado de magistrados judiciais e do Ministério Público no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Moçambique. É investigador do CEDIS.

grupos de interesses, dos média, das oposições políticas, garante-lhe o necessário à vontade para exercer as suas funções livre de pressões externas, e assim melhor servir ao cidadão.

Entretanto, e como decorre do Estatuto do Provedor, o mesmo não tem competência para anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos e a sua intervenção não suspende o decurso dos prazos de recurso, designadamente gracioso ou contencioso, ficando o Provedor com o seu campo de acção limitado, o que analisaremos como uma limitação que faz parte da sua actuação, porquanto o efeito das suas decisões não é susceptível de alterar directa e imediatamente a situação jurídica que é objecto de queixa.

Tendo uma natureza essencialmente garantística, patente nas funções de controlo e de orientação política, o Provedor participa em funções de mobilização indirecta e de facilitação política, que lhe atribuem um carácter de agente político, que nos leva a concluir que ele é, quanto à natureza, um órgão do Estado, independente, que visa garantir um maior e melhor acesso à justiça administrativa.

Palavras chave: *Provedor; Justiça Administrativa; Administração Pública; Acesso à Justiça.*

Abstract: As a guarantor of good administration the Ombudsman has, as a duty, to safeguard the excellence of Public administration, ensuring the protection of individual rights against decisions which infringe the rules and legal principles that protect individuals, and also the promotion of good administration, thus justifying its powers to investigate and denounce irregularities and recommend the amendments aiming at the improvement of public services.

Therefore, the Ombudsman constitutes, he himself, a component of public administration, in organic sense; therefore, it should be questioned the extent to which the Ombudsman is independent, because in addition to being a public administrative body he must still submit an annual information to the Parliament.

That is why it is important to clarify the role of the Ombudsman as an autonomous and independent body, not sovereign and without parity relations with the various organs of sovereignty, and nor of hierarchy and subordination with any other component of the Public Administration. And the conclusion is obvious: the absence of external controls on the Ombudsman on the part of other structures of the political system.

The fact that the Ombudsman has its own way of acquisition and retention of power is a key element that differs from the other bodies of the State, which helps to understand the dynamics of this organ. The fact that the Ombudsman is not elected by popular vote and for this reason not subject to pressure from voters, from interest groups, from media, from political opposition, guarantees

the Ombudsman the necessary easiness to exercise its functions free of external pressures, and thereby better serve the citizen.

However, and as it is provided by the Statute of the Ombudsman, it has no jurisdiction to annul, revoke or amend acts of public powers and its intervention does not suspend the course of time limits for appeal over public decisions or in litigation processes, leaving the Ombudsman with a limited field of action, which we conclude to be part of its action, because the effect of its decisions is not likely to change directly and immediately the legal situation which is the subject of a complaint.

With an essentially garantistic nature, patent in the functions of control and political orientation, the Ombudsman participates in roles of indirect mobilization and politics facilitation, giving it the character of a political agent, which leads us to conclude that he is, as to its nature, an independent component of the State, which aims at ensuring a greater and better access to administrative justice.

Key words: *Ombudsman; Administrative Justice; Public administration; Access to Justice.*

Introdução

Num Estado de Direito, as relações estabelecidas entre os sujeitos intervenientes numa relação jurídica estão sujeitas a regras e princípios que obedecem ao direito instituído. Nele, no Estado de Direito portanto, regras há que visam regular situações intersubjectivas entre os particulares, havendo outras que tem em vista a regulamentação das situações que envolvem particulares e os poderes públicos, *maxime* a Administração Pública.

Nas relações que se estabelecem entre o Estado e a sociedade, o actor principal é a Administração Pública. Tal facto leva, algumas vezes, e muito por culpa da desigualdade da posição jurídica das partes nas relações que se estabelecem, a situações de irresponsabilidade administrativa.

Quando tal acontece, os particulares podem socorrer-se, por um lado, de vários mecanismos gratuitos e contenciosos que a constituição e a lei põem à sua disposição com vista a corrigir ou mitigar a tais situações. Nestes termos, mecanismos como as petições, queixas e reclamações podem ser apresentados pelos particulares perante deter-

minados organismos e ou instituições, que têm um papel importante na materialização dos ideais de um Estado de Direito. Um dos órgãos aos quais os particulares podem recorrer é o Provedor de Justiça.

É sobre esta figura que nos iremos concentrar. Não temos dúvidas sobre o importante papel do Provedor de Justiça para a racionalização e humanização das relações entre as entidades administrativas e as relações destas com os cidadãos e a sociedade em geral. Entretanto, é curial apreciar a figura do Provedor de Justiça como órgão que contribui para uma cada vez maior e mais eficaz acesso à justiça.

Estando constitucionalmente configurado entre nós como um órgão independente, de designação parlamentar, cuja função assenta na apreciação, sem poder decisório, de queixas dos cidadãos relativas a acções ou omissões dos poderes públicos, com possibilidade de, em consequência, dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiça, parece-nos necessário averiguar como é que esta contribuição se materializa na prática.

Entretanto, para que o Provedor possa realizar a sua missão, como órgão do Estado colocado ao serviço dos cidadãos “contra” as injustiças criadas pela actuação dos poderes públicos, incumbe aos órgãos e agentes da Administração Pública o dever de cooperação com o mesmo.

Assim, se por um lado o Provedor de Justiça se relaciona com os cidadãos, com quaisquer cidadãos, por outro lado terá de se relacionar com os poderes públicos, com quaisquer poderes públicos, convencendo-os, pela força das suas recomendações, a evitar a prática de injustiças ou a promover a sua reparação, caso estas já tenham sido cometidas.

Portanto, se à administração pública impõe-se que realize uma boa administração, ao Provedor de Justiça cumpre promover a respectiva concretização, garantindo um pleno acesso à justiça administrativa por parte dos cidadãos.

Para fazermos a análise a que nos propomos, organizámos o nosso texto em dois capítulos. Começaremos, no primeiro capítulo por apreciar a figura do Provedor de Justiça e a necessidade da sua intervenção na justiça administrativa. Analisaremos igualmente a figura do Provedor de Justiça como órgão constitucional independente e autónomo dos poderes públicos e a relação que com eles estabelece. Seguir-se-á, no

terceiro ponto do primeiro capítulo, uma análise da figura do provedor de Justiça como órgão de Controlo da Actividade Administrativa e a sua relação com os Particulares e no fim do primeiro capítulo estudaremos, em detalhe, as funções do Provedor de Justiça.

No Segundo Capítulo, relativo ao Papel do Provedor de Justiça no Acesso à justiça administrativa, começamos por estudar, no primeiro ponto a (s) competência(s) do Provedor de Justiça relativa(s) à função administrativa, para de seguida discutirmos, no segundo ponto, a intervenção do Provedor de Justiça em face do poder Judicial.

Por fim, apresentamos as nossas conclusões.

I

1. A figura do Provedor de Justiça e a Necessidade da sua Intervenção na Justiça Administrativa.

A figura do provedor de justiça tal como hoje a conhecemos teve a sua génese nos países nórdicos.³ A 6 de Junho de 1809 foi aprovada a

³ Sobre o provedor de justiça veja, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, IV Volume, Lisboa 1988, pp. 63-70; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª Edição, Âncora Editora, 2007, pp. 263-266; JOÃO CAUPERS, *A Pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública*, in Provedor de Justiça O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas independentes, Lisboa, 2007; JOÃO CAUPERS, *A Pretexto do Dever de Sigilo do Provedor de Justiça*, in O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição, Lisboa, 2006 pp.79 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol I, Lisboa 1999. MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?* in Provedor de Justiça O Cidadão, O Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2002; MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça e o Poder Judicial*, in O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição, Lisboa, 2006 pp.41 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2007; VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in Provedor de Justiça O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa, 2007; ÁLVARO GIL ROBLES, *Pluralidade e Singularidade do Ombudsman na Comparação de experiências Europeias*, in Provedor de Justiça, *O cidadão, o Provedor de Justiça*

constituição Sueca na qual foi instituída a figura do Ombudsman. Daí ela seria levada para a Finlândia e depois para a Dinamarca.

e as entidades administrativas independentes, Lisboa, 2007; JOSÉ MANUEL MENÉRES PIMENTEL, *A Pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública*, in *Provedor de Justiça O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2007; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor de Justiça como Garante da Boa Administração*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 pp.11 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Provedor de Justiça e a Protecção Efectiva dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 pp.55 e ss.; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração e Crise da Legalidade Especial*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 pp.69 e ss.; RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *As funções do Provedor de Justiça e os Limites Jurídicos da sua Intervenção*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 pp.97 e ss.; JORGE MIRANDA, *Sobre o Âmbito de Intervenção do Provedor de Justiça*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 pp.97 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor de Justiça e o Processo Penal*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 9 e ss.; DAVID DUARTE, *A Discricionariedade Administrativa e a Competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 33 e ss.; TIAGO DUARTE, *O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 79 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *O Provedor de Justiça e a Tutela de Interesses Difusos*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 103 e ss.; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Provedor de Justiça e os Meios Administrativos e Jurisdicionais de Controlo da Actividade Administrativa*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 155 e ss.; PIERRE-YVES MONETTE, *A Boa Governação ao Serviço do Desenvolvimento Duradouro*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 207 e ss.; JORGE REIS NOVAIS, *A Intervenção do Provedor de Justiça nas Relações entre Privados*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008 pp. 227 e ss.; MANUEL MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício do Direito de Queixa Como Forma de Participação Política – O Caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2005; CRISTINA SÁ COSTA, *O Provedor de Justiça e a Actividade dos Tribunais*, in *XX Aniversário do Provedor de Justiça, Estudos, Provedoria de Justiça*, Lisboa, 2005, pp. 261 e ss.; ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Do Provedor de Justiça Europeu: Algumas Considerações*, in *XX Aniversário do Provedor de Justiça, Estudos, Provedoria de Justiça*, Lisboa, 2005, pp. 261 e ss.; FILIPE BOA BAPTISTA, *O Modelo de Unidade e a Criação de Instituições Afins do Ombudsman: Uma Tensão Recorrente na Experiência Parlamentar*, in *Provedor de Justiça, O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2007.

Estas são as origens modernas da figura do Provedor de Justiça. Mas conforme afirma Luís Filipe Colaço Antunes⁴, esta figura tem uma origem histórica ligada a funções originárias que não são tão bem conhecidas.

Com efeito, e conhecida por outro nome, a figura do Provedor surgiu na fase final do Império Romano quando se instituiu, no ano 364, o *defensor civitatis* ou *plebis*. O seu principal objectivo era o de proteger os cidadãos das camadas sociais menos favorecidas contra os vexames infligidos pelos ricos e poderosos e, particularmente contra ilegítimas imposições fiscais dos governadores e dos poderes públicos⁵.

Com o decorrer dos tempos, as funções do *defensor civitatis* foram se alargando, de tal forma que mesmo pequenas controversas relacionadas com a cobrança de tributos aos mais pobres, por exemplo, passaram a estar sob sua responsabilidade. Tal alargamento de funções levou a que o órgão perdesse a sua originária preocupação de defesa dos mais débeis contra a prepotência dos poderosos, decaindo, gradualmente, o seu carácter como órgão reivindicativo ao ser absorvido institucionalmente, tendo todavia deixado uma marca que se mostrou imaculada nos contornos que a figura teve posteriormente; da originária escolha a cargo do pretor entre pessoas de costumes e conduta irrepreensíveis que tivessem exercido funções administrativas ou judiciárias, à eleição directa pelo povo (plebe) do município, com ratificação imperial, ou à nomeação feita pelos bispos ou eclesiásticos após confirmação do pretor⁶.

Depois deste período, que foi o seu apogeu, a nossa figura caiu em descrédito ate ao momento que foi reinventada pelo constitucionalismo escandinavo, nos termos e moldes em que hoje é conhecida⁷.

Hoje em dia, o Provedor de Justiça⁸ é uma figura típica das sociedades democráticas, pois permitem o controlo da legalidade

⁴ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração...*, p. 75.

⁵ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração...*, p. 75.

⁶ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração...*, p. 76.

⁷ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração...*, p. 76.

⁸ A figura do Provedor de Justiça e respectivo Estatuto, foram introduzidos no ordenamento jurídico moçambicano pela lei n.º 7/2006 de 16 de Agosto.

dos actos da administração e a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos⁹.

A sua actividade principal reside no modo de aplicação dos princípios e normas jurídicas na medida em que estes tenham por destinatários os *particulares*¹⁰, constituindo uma garantia essencial dos cidadãos confrontados com actos ou omissões de entidades e serviços envolvidos no exercício de actividades de natureza administrativa pública.

É a Assembleia da República, exercendo o poder soberano por mandato expresso do povo, a entidade que designa o Provedor de Justiça. A Constituição da República de Moçambique (C.R.M.) requer uma maioria qualificada de dois terços para a eleição do titular do cargo, revestindo-o assim de toda a autoridade necessária para o desempenho das suas funções¹¹.

A figura do Provedor de Justiça está historicamente associada à Administração Pública, sendo uma personalidade que através da acção pessoal e muito por mérito do respeito que tenha granjeado consiga garantir o respeito que a administração deve ter face aos restantes cidadãos¹². Ele exerce portanto uma magistratura moral de natureza não jurisdicional ou informal, com base na “persuasão”, sua principal arma¹³.

Ele é um órgão vocacionado para defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos junto dos poderes públicos, actividade que pode desenvolver a título officioso¹⁴, mas que é principalmente desencadeada no quadro da apreciação não decisória das queixas que os

⁹ A lei do Provedor de Justiça refere-se à intervenção do Provedor officiosamente ou em consequência da apresentação de uma petição, queixa ou reclamação, sempre que haja violação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e torna este direito extensivo aos estrangeiros apátridas quando se trate de defesa de seus próprios direitos ou interesses. Vide art. 3 da lei n.º 7/2006 de 16 de Agosto.

¹⁰ Descartando a possibilidade de pessoas colectivas públicas, titulares de órgãos do poder e de militante, vide JORGE MIRANDA, *Sobre o Âmbito de Intervenção...*, pp. 111-113.

¹¹ Vide art. 257.º da C.R.M.

¹² No mesmo sentido JOÃO CAUPERS, *A Pretexto...*, pp. 86.

¹³ JOÃO CAUPERS, *Introdução...*, p. 265.

¹⁴ Nos termos do n.º 2 do Art. 3.º da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto.

particulares lhe apresentam acerca de acções e omissões dos poderes públicos¹⁵ violadoras dos seus direitos e interesses legítimos¹⁶.

Assim, por um lado, os particulares podem recorrer ao Provedor de Justiça como uma via alternativa à via judicial sempre que os seus direitos e interesses legalmente protegidos são postos em causa ou exista fundado receio que tal aconteça. Por outro lado, tal pode acontecer por iniciativa própria do Provedor de Justiça, designadamente nos casos de violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos (vide n.º 2 do Art.º 3.º da Lei n.º 7/2006 de 16 de Agosto)¹⁷.

Em princípio, a actividade do Provedor de Justiça incide potencialmente a sectores de actividade ou funções estatais onde se verifiquem acções ou omissões dos poderes públicos carecidas de correcção, mas ela exerce-se primariamente sobre a actividade administrativa em sentido lato, ou, como prevê o estatuto do Provedor de Justiça o, exerce-se “no âmbito da actividade da Administração Pública a nível central, provincial, distrital e local, bem como municipal, das forças de defesa e segurança, institutos públicos, das sociedades com capital maioritariamente público, dos serviços de exploração de bens de domínio público”¹⁸.

¹⁵ No ordenamento jurídico Português, a actuação do Provedor de Justiça pode, ainda, incidir sobre as relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, como decorre do artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça Português, em consonância com a vinculação das entidades privadas ao normativo constitucional respeitante a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

¹⁶ O n.º 1 do Art. 3 da Lei n.º 7/2006 de 16 de Agosto prevê que os cidadãos, individual ou colectivamente, podem apresentar petições, queixas ou reclamações por actos ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as aprecia, sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as necessárias recomendações para prevenir e reparar injustiças.

¹⁷ Defendendo de que esta intervenção é oficiosa ou mesmo preventiva, porque tem em vista não só o bom andamento da administração mas também a protecção dos particulares e dos seus direitos, vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Provedor de Justiça...*, p. 59.

¹⁸ Vide Artigo 2 da Lei nr. 7/2006 de 16 de Agosto.

Assim, como garante da *boa administração*¹⁹ cabe ao Provedor de Justiça a *salvaguarda* da mesma, velando pela protecção dos direitos individuais contra decisões violadoras das regras e princípios jurídicos que os ofendem, e a *promoção* da boa administração, “justificando-se por isso a titularidade de poderes de iniciativa para investigar, denunciar irregularidades e recomendar as alterações visando a melhoria dos serviços públicos”²⁰, por via da procura das soluções necessárias para que os serviços possam ser geridos de modo mais efectivo, melhorando, assim, o nível de qualidade do serviço prestado pela Administração Pública aos cidadãos.

Daí que o Provedor de Justiça ocupe um lugar *único e insubstituível*, cuja natureza lhe permite identificar o mais variado tipo de situações de mau funcionamento da Administração Pública e agir de modo a que sejam corrigidas, contribuindo deste modo “para a efectivação dos valores, tanto jurídicos, como extra-jurídicos, de que depende a concretização do valor constitucional da *boa administração*”.

Neste seu papel, e na perspectiva da protecção do direito dos administrados, pode ainda o Provedor de Justiça promover officiosamente a realização de estudos e fazer propostas sobre questões estratégicas para a melhoria dos serviços públicos, cuja solução deva caber aos responsáveis políticos²¹.

O Provedor pode também promover fiscalizações globais preventivas de sectores da actividade administrativa, como, por exemplo, o da administração prisional ou o da polícia de segurança, tratando-se de áreas de especial risco para os direitos dos cidadãos.

¹⁹ Vide Capítulo II supra.

²⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor...*, p. 37.

²¹ Numa outra perspectiva, e defendendo a ideia de que o Provedor de Justiça poderia ser chamado a contribuir para a defesa dos direitos dos cidadãos, apelando, com a autoridade que se lhe reconhece, ah melhoria dos textos legislativos e respectiva interpretação, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração...*, p. 77.

2. O Provedor de Justiça como órgão constitucional independente e autónomo dos poderes públicos

O Provedor de Justiça constitui, ele próprio, um órgão da administração pública em sentido orgânico²²; Entretanto, para além de a sua actividade incidir sobre a administração, que é seu objecto *natural*²³ e *principal*²⁴, a actividade do provedor pode incidir sobre outras esferas de acção pública que não a da administração pública em sentido material²⁵.

O estatuto que consigna os princípios gerais, atribuições e competências do Provedor de Justiça está estabelecido na Lei n.º 7/2006 de 16 de Agosto. Nos termos do Estatuto do Provedor de Justiça, esta instituição é um órgão do Estado, eleito pela Assembleia da República, que tem como função a garantia dos direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da justiça na actuação da Administração Pública, assegurando através de meios informais e gratuitos a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos.²⁶

O Provedor de Justiça é, nos termos constitucionais, um órgão unipessoal²⁷, cujo principal traço característico reside na acentuada independência face a todos os poderes públicos, incluindo do poder político que o elege.

²² Neste sentido DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, p. 70; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições...*, p. 273; JOÃO CAUPERS, *A pretexto...*, p. 89; Contra a inserção do Provedor de Justiça na administração pública, expressamente, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, sub art. 23.º, p. 440; V. MOREIRA, *As entidades administrativas...*, pp. 93 e ss.

²³ MARIA L. AMARAL, *O Provedor de Justiça e o poder...*, pp. 43-44.

²⁴ RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *As funções do Provedor...*, p. 101.

²⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 38.

²⁶ De forma sintetizada, são funções do Provedor de Justiça a garantia dos princípios da legalidade, da justiça, da constitucionalidade e do correcto funcionamento dos serviços públicos, isto no quadro de uma função principal que é a de defender e promover os direitos, liberdades, garantias e interesses dos cidadãos.

²⁷ Concordando com a natureza unipessoal deste órgão, mas defendendo a existência de um serviço do Provedor de Justiça, JOÃO CAUPERS, *A Pretexto...*, p. 81

Para lá da expressa consagração formal dessa independência no n.º 1 do artigo 258.º da Constituição²⁸, há outros aspectos do regime constitucional deste órgão que acentuam a dita independência.

Assim, e desde logo, o Provedor de Justiça é eleito nos termos do artigo 257.º da Constituição, pela Assembleia da República, por uma expressiva maioria qualificada de dois terços dos Deputados. Uma das justificações indicadas pela doutrina como estando por detrás da exigência constitucional de uma maioria qualificada para a eleição do Provedor de Justiça é a necessidade de se evitar a constitucionalmente indesejada partidarização da eleição que ocorreria, de outro modo, caso a eleição deste órgão pudesse ser feita por maioria simples²⁹. E parece ter muita lógica, tal argumento. É que, havendo consenso político, como referem Augusto Silva Dias e Francisco Aguilar, o Provedor de Justiça ganha confiança política que lhe permitirá ficar sempre distante de possíveis querelas político-partidárias, o que lhe garante uma real autonomia e confiança reconhecida como estando acima de meros interesses políticos partidários.

É este um dos principais fundamentos invocados para a necessidade de a escolha do Provedor recair sobre pessoa que goze de comprovada reputação de integridade e independência³⁰. Tal autonomia em face do poder político é ainda confirmada pela circunstância de o Provedor de Justiça não poder ser demitido pela Assembleia da República por causa do exercício das suas funções³¹, tornando-o um órgão *sui generis* do

²⁸ Nos termos do n.º 1 do Artigo 258 da C.R.M., o Provedor de Justiça é independente e imparcial no exercício das suas funções, devendo observância apenas à Constituição e às leis.

²⁹ AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor...*, p. 12.

³⁰ O artigo 5.º do Estatuto do Provedor de Justiça refere-se à “reconhecida probidade e imparcialidade”.

³¹ Vide n.º 2 do art. 7 do Estatuto do Provedor. Esta característica fica clara no exemplo dado Augusto Silva Dias e Francisco Aguilar, p. 12, com relação ao ordenamento jurídico português, no qual a posição do Provedor de Justiça tem maior autonomia em face do poder político do que a posição do Procurador-Geral da República, o qual pode ser demitido pelo Presidente da República – e aqui o fundamento é a lógica existente no paralelismo de competências – nos precisos termos que ditam a sua nomeação [isto é, pelo Presidente da República, sob proposta do Governo, nos termos do artigo 133.º, alínea m) da Constituição da República Portuguesa]; ora, o mesmo não sucede com o Provedor de Justiça, cuja posição é, assim, inamovível

ponto de vista das condições ideais para o exercício das suas funções: enquanto órgão subtraído ao sistema dos meios normais de controlo da administração, o Provedor de Justiça bebe as suas legitimidades e autoridade fundamentalmente no prestígio que a sua actividade contínua lhe granjeia³².

Poder-se-ia questionar até que ponto o Provedor de Justiça é independente, na medida em que nos termos do n.º 2 do artigo 258.º da C.R.M. ele deve submeter uma informação anual à Assembleia da República. Todavia, é consensual na doutrina que tais relatórios servem muito mais para se avaliar a resposta da Administração e dos outros poderes do Estado às instâncias do Provedor de Justiça, que para apreciar a actividade deste. Aliás, e mesmo considerando a hipótese de a Assembleia da República julgar negativamente o desempenho do Provedor, nada mais que isso poderá ser feito, isto é, a A.R. não tem poderes para destituir o Provedor de Justiça, cujo mandato de cinco anos é, como referimos, inamovível.

Assim, se por um lado o Provedor de Justiça apresenta-se como um órgão autónomo e independente, na medida em que não é soberano e não tem relações de paridade com os diversos órgãos de soberania, por outro lado não tem relações de hierarquia e de subordinação com nenhum órgão. E são estes os traços que determinam e justificam as características da figura que temos vindo a analisar: a ausência de controlos externos por parte de outras estruturas do sistema político.

O facto de o Provedor de Justiça ter uma forma própria de aquisição e conservação do poder é um elemento chave que o difere dos demais órgãos do Estado. Por exemplo, o Provedor não é eleito por

durante todo o seu mandato (o que é confirmado pelo artigo 7.º do Estatuto do Provedor de Justiça Português).

³² A importância do prestígio do Provedor de Justiça como condição da eficiência e da eficácia da sua actuação é muito frequentemente reconhecida de forma expressa pela doutrina: assim, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *As funções...*, p. 107; embora no contexto mais amplo da «realização prática de uma democracia avançada» e não no da mera realização da instituição, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Provedor de Justiça ...*, p. 67; afirmando, a propósito do perfil ideal do titular do órgão, que “[o] que fundamentalmente importará, para o bom êxito da missão de um Provedor de Justiça, é a sua pública imagem de independência, a probidade e a competência profissional [...]”, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Provedor de Justiça...*, p. 162.

voto popular, não estando assim sujeito à pressão dos eleitores, dos grupos de interesses, dos média, das oposições políticas, o que lhe garante o necessário à vontade para exercer as suas funções livre de pressões externas, e assim melhor servir ao cidadão.

Como estrutura institucional do sistema político, o Provedor de Justiça assume “um significado especial na concretização de um princípio estruturante, aprofundando a dimensão participativa do princípio democrático – que não é essencial ao sistema político mas que complementa o núcleo essencial da democracia representativa”³³.

Resulta desta vertente que o Provedor de Justiça é uma instituição política. A par de outras instituições políticas, o Provedor tem um papel importante na materialização dos ideais do Estado de direito democrático, aumentando e ajudando a solidificar o índice de resposta de demanda pela justiça, a par das soluções apresentadas por outros órgãos e instituições.

Por esta razão e segundo afirma Filipe Boa Baptista, justifica-se que se trate de um órgão aberto à expressão de interesses dos cidadãos, elemento que parece constituir um critério essencial da sua natureza: o acesso amplo directo e tendencialmente incondicionado dos cidadãos³⁴.

Entretanto, e como decorre do Estatuto do Provedor, o mesmo não tem competência para anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos e a sua intervenção não suspende o decurso dos prazos de recurso, designadamente gracioso ou contencioso³⁵, ficando o Provedor com o seu campo de acção limitado, não do ponto de vista do critério material de intervenção (equidade enquanto expressão de uma norma superior de justiça, de acordo com Boa Baptista), mas nos termos em que se concretiza essa acção. Entretanto, e pelas características desta figura acima referidas, esta limitação deve ser entendida fazendo parte da sua, porquanto o efeito das suas decisões “não são susceptíveis de alterar directa e imediatamente a situação jurídica que é objecto de queixa”³⁶.

³³ FILIPE BOA BAPTISTA, *O Modelo...*, p. 15.

³⁴ FILIPE BOA BAPTISTA, *O Modelo...*, p. 16.

³⁵ Vide n.º 1 do Art.º 18.º do Estatuto do Provedor.

³⁶ FILIPE BOA BAPTISTA, *O modelo...*, p. 16.

É este um dos motivos que leva a situar o provedor de justiça no âmbito da noção de agentes políticos, entendimento que “é suportado pela respectiva estruturo-funcionalista”³⁷, pois as suas funções são desempenhadas “ao nível da execução, legitimação, ratificação e implementação de decisões políticas; controlo do processo político, competição pelo poder, mobilização e facilitação política”³⁸.

Apesar de o Provedor de justiça não ter uma função criadora (por não exercer funções legislativas, executivas e judiciais) podem criar um questionamento em relação à sua caracterização como um órgão político. Mas se olharmos para a sua actividade em prol do cidadão, descobre-se que ele tem uma “natureza essencialmente garantística, patente nas funções de controlo e de orientação política”, da mesma forma que participa em “funções de mobilização indirecta e de facilitação política”, que lhe atribuem um carácter de agente político.³⁹

Também é certo que a perspectiva jurídica enfatiza a especificidade da função de controlo político cometida ao Provedor de Justiça. Neste caso, de acordo com Boa Baptista, será, por um lado, um *órgão de controlo*, na medida em que o seu juízo se situa entre uma decisão tomada e uma decisão tomada, advindo-lhe, por comparação, a possibilidade de participar na correcção ou prevenção/conformação dos sentidos efectivos futuros, situação que lhe permite assumir um papel criativo⁴⁰. Por outro lado, é um *órgão de controlo cooperante*, dado que a a eficácia da sua acção depende da cooperação de outros órgãos, ainda que não deixe de ser um órgão político, conferindo racionalidade política ao modo de exercício do poder, uma vez que no exercício das suas funções “formula critérios paralelos aos das entidades a que se dirige, fundados na ideia de Justiça material”⁴¹. Dai que se afirme, a

³⁷ MANUEL MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício apud* Gabriel Almond e Bingham Powel, *Comparative Politics Today – A World View*, 6a ed., Nova Iorque, Addison Wesley Longman, 1996, p. 27.

³⁸ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...*, p. 28.

³⁹ O Ombudsman integra-se no conjunto das estruturas de controlo externo e formal dos aparelhos burocráticos públicos. MANUEL MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...*, p. 29.

⁴⁰ MANUEL MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...*, p. 47.

⁴¹ FILIPE BOA BAPTISTA, *O modelo...*, p. 19.

este propósito que o provedor de justiça actua privilegiando um *contacto personalizado* com os órgãos administrativos, através de uma *abordagem não-adversarial*, própria das formas de *mediação institucional*, exercendo uma *magistratura de influência*, que frequentemente se dirige à busca do consenso, forjado no diálogo e na persuasão⁴².

Em suma, e concordando com o Prof. João Caupers, podemos afirmar que quanto à natureza, o Provedor de Justiça é um órgão do Estado⁴³; É uma autoridade pública⁴⁴; É um órgão independente⁴⁵.

3. O Provedor de Justiça como órgão de Controlo da Actividade Administrativa e a sua relação com os Particulares

Como acima referimos, o Provedor pode agir por iniciativa própria. Neste caso temos uma forma directa de intervenção. Mas também pode fazê-lo com base em queixas e reclamações dos particulares⁴⁶, caso em que teríamos, então uma forma indirecta de intervenção⁴⁷.

⁴² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 34.

⁴³ Segundo o mesmo autor, o Provedor de Justiça é um órgão do Estado cujas competências se exercem, no essencial, sobre a administração pública, considerada esta em sentido material ou funcional e não em sentido orgânico. *Ibidem*.

⁴⁴ Afirmando que o Provedor de Justiça não integra a função administrativa, VITAL MOREIRA, *As entidades ...*, p. 72

⁴⁵ JOÃO CAUPERS, *A Pretexo...*, p. 85.

⁴⁶ O Estatuto do Provedor de Justiça não define o que seja queixa nem reclamação. Para os efeitos do presente estudo, considera-se queixa os pedidos apresentados pelos cidadãos nacionais ou estrangeiros, de forma individual ou colectiva, junto do Provedor de Justiça bem como as decorrentes da iniciativa própria ou as transmitidas pela Assembleia da República relativamente a acções ou omissões, ilegais ou injustas, dos poderes públicos (ou instituições com poderes públicos) empresas concessionárias de serviços públicos (ou de exploração de bens de domínio público), as Forças Armadas e os institutos Públicos. Em Portugal, o âmbito de actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, estando apenas rigorosamente excluídas do âmbito de actuação do Provedor de Justiça a função política e a função judicial. Cf. Art. 2.º, Art. 22.º e alínea b) do n.º 1 do Art. 20.º do Estatuto do Provedor de Justiça Português.

⁴⁷ Conforme explicam MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, a oposição entre formas directas e indirectas de participação baseia-se no critério da existência ou não

Daqui decorre que a queixa corresponde a um acto concreto de um determinado indivíduo, de um grupo, da Assembleia da República ou do próprio Provedor de Justiça, que visa assegurar a legalidade e a justiça da actuação dos poderes públicos.⁴⁸ Este acto, em particular quando se refere a indivíduos e a grupos, expressa-se numa reclamação formulada nos termos regulamentares, o que não significa que, por si só, possa considerar-se como queixa. Daqui decorre que é a substancia da reclamação e não a forma da sua comunicação que é determinante para a admitir como queixa.

Nos termos do do n.º 1 do Art.º 21.º do Estatuto do Provedor de Justiça, não há nenhum formalismo previsto para a apresentação de petições, queixas e reclamações, podendo as mesmas ser apresentadas oralmente ou por escrito, não havendo nenhuns prazos prescritos para a sua apresentação (isto é, as petições, queixas e reclamações podem ser apresentadas a todo o momento, desde que o particular tenha sido ou se sinta vítima de uma ilegalidade ou injustiça por parte de um órgão da Administração. Todavia, deve o particular sempre que apresentar uma petição, queixa ou reclamação fazer a indicação da sua identidade, morada ou local de trabalho. A justificação da exigência destes requisitos não decorrem da necessidade de apurar a legitimidade do

de intermediação na relação entre quem pratica um determinado acto e o destinatário dessa acção. Para que se exerça o direito de queixa não é necessário que os cidadãos ou os grupos que ao Provedor recorrem tenham uma relação directa com a entidade visada. O facto de ser o Provedor de justiça o mediador, traz a esta forma características particulares: o Provedor de Justiça se substitui no lugar do queixoso na sua relação com as entidades destinatárias da queixa e vice-versa.

⁴⁸ A diversidade das queixas feitas ao Provedor de Justiça fica assim explicada. Isto porque os interesses individuais que se sentem lesados ou injustiçados podem ser da mais diversa índole, o mesmo sendo aplicável aos indivíduos ou grupos de indivíduos que ao Provedor recorrem. Este é um motivo apresentado pela doutrina Portuguesa para justificar o facto de as queixas e reclamações feita ao Provedor de Justiça Português incidirem maioritariamente sobre os interesses individuais e a interesses de grupos restritos em detrimento de interesses gerais. Todavia, este facto não significa que interesses gerais ou colectivos, respeitantes por exemplo, ao direito dos consumidores ou ao direito do ambiente, não possam ser apreciados pelo Provedor. Muito pelo contrário, áreas como o direito do ambiente constituem campo privilegiado de acção do Provedor, devido à natureza difusa dos bens que se visam proteger.

queixoso, como decorre do próprio Estatuto⁴⁹ mas da necessidade de garantir seriedade no trabalho do gabinete do Provedor, que, apesar de o estatuto não o referir, devem ser liminarmente indeferidos. É esta, pelo menos, a posição do Provedor de justiça Português⁵⁰. Por outro lado, e conforme prevê o Estatuto do Provedor de Justiça, deve o mesmo indeferir liminarmente quaisquer petições, queixas e reclamações que se apresentem manifestamente baseadas na litigância de má-fé, as desprovidas de fundamentos, as que se reportem a factos cuja ilegalidade já tenha sido reparada ou esteja em vias de o ser, ou as de cuja tramitação resultem prejuízos aos legítimos direitos de terceiros.

Havendo situações de indeferimento liminar das petições, queixas e reclamações baseadas na má-fé do queixoso⁵¹ ou ainda nos factos ou casos em que o Provedor detecte situações anómalas relativas às pessoas em relação às quais o seu trabalho esteja a incidir, tais situações podem acarretar outra consequência para o litigante de má-fé ou para o infractor, pois, nos termos do Estatuto do Provedor, sempre que se comprove a prática de ilícitos criminais ou disciplinares, deve tal facto ser reportado ao Ministério Público para a instauração do competente procedimento criminal ou à entidade hierarquicamente competente para a instauração do competente procedimento disciplinar⁵².

Daí que sejam apontadas pela doutrina duas dimensões operacionais do conceito de queixa: uma dimensão formal, em que não são aceites como queixa todas aquelas que não reúnam as condições estabelecidas na lei; e outra dimensão lata de queixa, sendo que neste

⁴⁹ Vide n.º 4. do Art.º 21.º do Estatuto do Provedor.

⁵⁰ No ordenamento jurídico português, não são consideradas queixas as comunicações que se reportem a meras exposições, mormente as comunicações anónimas, (incluindo as recebidas por correio electrónico que não contenham a identificação do reclamante ou não a permitam a partir do endereço); as que não pretendam qualquer intervenção (limitando-se a dar a conhecer ao Provedor de Justiça, isolada ou conjuntamente com outras entidades, de determinados factos ou situações) e as de índole genérica (sem concretização de factos ou situações que contendam com direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Vid Art.º 11.º da Ordem de Serviço n.º 1-PJ-2002.

⁵¹ Vide n.º 2 do artigo 23.º do Estatuto do Provedor.

⁵² Vide artigo 32.º do Estatuto do Provedor.

caso são sempre aceites como queixas todas as petições, queixas e reclamações que tenham sido apresentadas⁵³.

4. Funções do Provedor de Justiça

Formalmente, compete ao provedor de justiça: i) Receber queixas respeitantes a actos e omissões dos poderes públicos atentatórios de direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos; ii) endereçar recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção dos actos ou omissões ilegais ou injustos dos poderes públicos ou melhoria dos respectivos serviços; iii) Assinalar as deficiências da lei que constatar, emitindo recomendações, alteração ou revogação ou sugestões para a elaboração de nova legislação ao Presidente da República, à Assembleia da República e Governo; iv) emitir pareceres a pedido da Assembleia da República sobre quaisquer matérias relacionadas com a sua actividade; v) requerer ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas, nos termos da alínea (f) do número 2 do Artigo 245.º da Constituição da República; vi) promover a divulgação da legislação relativa aos direitos e liberdades dos cidadãos; vii) intervir, nos termos da lei aplicável na tutela dos interesses colectivos ou difusos quando estiverem em causa as entidades públicas.

Já vimos que o Provedor de justiça integra o conjunto das instituições do sistema político, o qual não inclui somente instituições governamentais. Neste plano, é apontado o Provedor com integrando o nível das capacidades do sistema político (relações dos sistemas com o meio ambiente em que se inserem) no que respeita à *função de regulação* e à *função de resposta*⁵⁴. A primeira diz respeito a todo o conjunto de regras que deve o cidadão obedecer de forma a concretizar o direito de queixa, quer quanto ao *modo da sua expressão* (critérios de formulação das queixas), quer quanto ao seu *âmbito* (especificidade funcional da acção do Provedor de justiça, i.e., âmbito e limites de intervenção).

⁵³ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...* p. 24.

⁵⁴ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...* p. 48.

A função de resposta consiste em todo o processo de recepção, instrução e decisão das queixas dos cidadãos, devendo-se entender estes três conceitos como parte integrantes do conceito de resposta. Esta função é geralmente relacionada com a capacidade de resposta e de eficácia do Gabinete do Provedor, sendo levados em consideração para tal análise factores como o tempo que a queixa leva para que obtenha a respectiva resposta e a capacidade de responder aos anseios suscitados por essas mesmas queixas apresentadas.

Daí que para que para que se considere a acção do Provedor de Justiça como sendo eficaz, se julgue tanto na capacidade de receber, instruir e decidir em relação às queixas apresentadas, assim como em relação ao índice de resultados satisfatórios obtidos.

É ainda apontada como função de Provedor de Justiça a função de conversão⁵⁵, uma vez que assume funções que em maior ou menor grau, se prendem com o modo de funcionamento interno dos sistemas políticos. A função de conversão manifesta-se através da *expressão indirecta de interesses*; da *expressão directa de interesses* e ainda através da *agregação de interesses*.

A função de expressão de interesses por via indirecta “possibilita aos cidadãos a formulação de exigências explícitas ou difusas, gerais ou particulares, instrumentais ou afectivas, dirigidas a determinadas instituições de sistema político para que aquelas implementem ou modifiquem decisões”⁵⁶.

Na função de expressão de interesses por via indirecta, o Provedor de Justiça funciona como instrumento directo de expressão de exigências dado que o seu estatuto lhe confere autonomia e independência para agir por iniciativa própria. Na verdade, o Provedor de Justiça não depende do consentimento de ninguém para proceder às suas investigações, podendo actuar de forma espontânea, seja com base em notícias publicadas na comunicação social, em relatórios de colaboradores, em exposições, e mesmo pela sua experiência pessoal.

Entretanto e como já referimos, a expressão directa de interesses por parte do Provedor é feita através de recomendações dirigidas aos

⁵⁵ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...* p. 50

⁵⁶ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...* p. 50

poderes públicos que visam a correcção de actos ilegais ou injustos, a melhoria dos respectivos serviços ou ainda a indicação de deficiências legislativas, recomendando, neste caso a sua alteração ou revogação.

O Provedor de Justiça também executa a função de *agregação de interesses*. Esta função consiste em identificar, de entre as várias queixas apresentadas pelos particulares, aquelas que reúnem determinadas condições, nos termos do Estatuto do Provedor. Com isto não se quer dizer que o provedor possa colocar obstáculos na aceitação das queixas dos cidadãos, na medida em que “neste processo o Provedor limita-se a identificar dentre as queixas formuladas aquelas que são elegíveis por reunirem os requisitos formais”⁵⁷, podendo o Provedor de Justiça, de acordo com as circunstâncias e natureza da queixa efectuar visitas de inspecção, com ou sem aviso, a qualquer sector da actividade da administração sujeitas ao seu controlo⁵⁸.

Todas as funções do Provedor de Justiça acima referidas resultam do elenco de competências que legalmente lhe são atribuídas. No exercício da sua função (administrativa) o Provedor de Justiça tem de se cingir ao âmbito de actuação prescrito, limitando-se a dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção dos actos ilegais ou injustos (e à melhoria dos respectivos serviços)⁵⁹, sendo esta, em rigor, a única competência que sustenta a intervenção aqui em causa, não lhe cabendo, por exemplo, *melhorar em geral a administração*, mas somente “fazê-lo na estrita medida em que os actos ilegais (injustos) o sejam em resultado de deficiências que podem ser

⁵⁷ MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício...* p. 50.

⁵⁸ Da mesma forma que o Provedor pode efectuar inquéritos e investigações para recolha e produção de provas bem como fixar prazos para prestação de esclarecimento e convocar cidadãos, agentes administrativos, funcionários públicos ou titulares de órgãos sujeitos ao seu controlo, para prestação de esclarecimentos. Nos termos do n.º 3 do Art.º 27.º do Estatuto do Provedor, A falta de comparência não justificada ou justificação não aceite por parte de quem houver sido convocado para prestar esclarecimentos ou explicações pelo Provedor de Justiça, constitui crime de desobediência, sem prejuízo do procedimento disciplinar que houver lugar.

⁵⁹ A referência é, naturalmente, à alínea a) do n.º 1 do artigo 15º da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto.

corrigidas” sendo por isso, considerado que o Provedor de Justiça tem *uma única competência*⁶⁰.

Por outro lado, o conteúdo jurídico da recomendação não visa destruir os efeitos da decisão tomada, sendo somente prescritivo (não permite, impõe ou proíbe), “constituindo apenas uma asserção atendível (a atender) sobre um estado de coisas (a correcção ou incorrecção jurídica da solução de um problema jurídico)”⁶¹.

Assim, e nos termos do art.º 31 do Estatuto do Provedor, tendo sido dirigida uma recomendação a determinado órgão, a qual deve conter menção do acto ou facto ilegal ou injusto e o seu enquadramento legal, e a respectiva proposta de medidas de correcção e o prazo máximo de 60 dias para a correcção do acto, o órgão destinatário da recomendação deve responder no prazo de quinze dias, a contar da recepção da recomendação, podendo, se houver fundamento para isso, solicitar a prorrogação do prazo estabelecido. Decorrido o prazo estabelecido, se a recomendação não for atendida, o Provedor de Justiça deve, dependendo dos casos, dirigir-se ao superior hierárquico do visado, ou não obtendo da Administração Pública o acatamento da recomendação, dirigir-se à Assembleia da República, expondo os motivos da sua tomada de posição.

Deste modo, o Provedor de Justiça não pode, por exemplo, anular, revogar ou modificar, os actos dos poderes públicos, mesmo que os considere ilegais ou inconvenientes, da mesma forma que a sua intervenção não suspende o decurso dos prazos de recurso, designadamente gracioso ou contencioso, podendo, todavia, para além das já referidas recomendações, fazer recurso da opinião pública, como

⁶⁰ DAVID DUARTE, *A Discricionariedade...* p. 67. Entretanto, este autor chama atenção para o facto de a indicação da referida competência como sendo a única que se manifesta ou pode incidir no exercício da função administrativa deve ser entendida, no entanto, com algumas cautelas, uma vez que a par daquela várias outras do mesmo âmbito podem ser encontradas, mas que têm a característica aqui excludente de serem *competências meramente procedimentais ou instrutórias* que são competências incidentes na actividade administrativa, mas apenas no contexto da própria instrução dos procedimentos internos do Provedor de Justiça. *Ibidem*.

⁶¹ DAVID DUARTE, *A Discricionariedade*, p. 71.

Para que o Provedor exerça as suas funções, o Estatuto prevê o dever de cooperação de todas as autoridades públicas facultarem o que for solicitado pelo Provedor, o que lhe garante ampla liberdade de acesso aos locais e documentos da Administração Pública. Todavia, como refere João Caupers, tais poderes não podem ser usados de forma injuntiva, pelo que “ o Provedor de Justiça tem de investir na única qualidade capaz de possibilitar o exercício satisfatório das suas funções: o respeito dos cidadãos e da Administração Pública”⁶².

Para que tal aconteça, e segundo o mesmo autor, deve o Provedor de Justiça

- a) Exercer os seus poderes de intervenção com rigor, prudência e moderação;
- b) Actuar com o máximo de transparência relativamente aos cidadãos que se lhe dirigem, para que estes fiquem cientes das razões que o conduzem a intervir, ou não, relativamente a uma dada queixa;
- c) Cumpra escrupulosamente as obrigações decorrentes do princípio do contraditório, dando sempre aos órgãos e agentes da Administração Pública postos em causa, a oportunidade de explicar as suas condutas e justificar as suas decisões.

Daí que deve o Prof. João Caupers esclareça que o papel do Provedor de Justiça deve ser distanciada do mero tráfico de influências e lobbista: “o seu papel vai além da simples facilitação na obtenção de documentos e na agilização de expedientes, sob pena de, sem se aperceber, o Provedor de Justiça poder criar dificuldades no seu relacionamento com a Administração Pública, criando à volta da sua figura uma áurea de deslealdade e hipotecando deste modo a sua credibilidade”⁶³.

Ainda em relação às recomendações emitidas aos órgãos competentes, a lei refere-se que as mesmas devem ser dirigidas aos órgãos competentes no âmbito da Administração Pública a nível central, provincial, distrital e local, bem como municipal, das forças de defesa

⁶² JOÃO CAUPERS, *A Pretexto...*, p. 90.

⁶³ *Ibidem*, com exemplos ilustrativos.

e segurança, institutos públicos, das empresas públicas e concessionárias de serviços públicos, das sociedades com capital maioritariamente público, dos serviços de bens de domínio público. A questão que se coloca refere-se ao espectro de destinatários da actividade do Provedor de Justiça aí sustentada, especificamente no que concerne à definição inicial do seu âmbito de actuação, subjectivamente elencada de forma exemplificativa, no sentido de saber se a função administrativa em referência é relativa a todos os órgãos (e serviços conexos) que exerçam essa função estadual.

No nosso entender, não há qualquer razão para excluir categorias de administrações não mencionadas expressamente, uma vez que, tal como refere David Duarte, “a soma do conceito *poderes públicos* com a diminuição dos que não exercem a função administrativa, e apenas quando não a exercem, tem como resultado *todo o espectro de sujeitos que exercem essa função estadual*, podendo acrescentar-se, ainda, dado que não há qualquer distinção, que é relativamente a quaisquer condições desse exercício (de direito público ou direito privado)”⁶⁴.

II.

O papel do Provedor de Justiça no acesso à justiça administrativa

1. A(s) competência(s) do Provedor de Justiça relativa(s) à função administrativa

Nos termos do n.º 1 do artigo 259.º da Constituição, o Provedor de Justiça aprecia os casos que lhe são submetidos, sem poder decisório, e produz recomendações aos órgãos competentes para reparar ou prevenir ilegalidades ou injustiças. Este dispositivo constitucional constitui a directriz de actuação do Provedor de Justiça: a defesa dos direitos, liberdades e garantias em face da actuação dos poderes públicos, pro-

⁶⁴ DAVID DUARTE, *A Discricionariedade*, p. 71.

curando que o cometimento de injustiças seja evitado ou reparado. Isto é, garantir a existência de uma boa administração.

Entretanto, para lá da demanda pela justiça e o controlo da legalidade do exercício dos poderes públicos, designadamente da Administração, compete ao Provedor de Justiça garantir a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos (vide artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto). Uma questão que se coloca é a que se prende com o grau de importância entre as duas atribuições do Provedor de Justiça prevista nos dois normativos acima indicados, que parecem coincidentes, mas que na verdade têm um âmbito diferente. Entretanto, achamos nós que controlo da legalidade do exercício dos poderes públicos, designadamente da Administração tem um papel secundário e funcionalmente instrumental em relação à defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos⁶⁵.

Para que haja justiça administrativa é necessário que haja uma *boa administração*, entendida esta como um dever da administração pública⁶⁶. Entretanto, este dever caracteriza-se por possuir um conteúdo *vago e flexível*, de *contornos imprecisos*⁶⁷. Assim, se quisermos definir boa administração, poderíamos dizer que é aquela que prossegue o interesse público adoptando sempre “ as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo, técnico e financeiro ”⁶⁸.

Assim, para que se considere existente uma boa administração a mesma teria que respeitar os princípios do Estado democrático, uma vez que o cumprimento das exigências nele encerradas concretiza o conceito. Todavia, e como esclarece Mário Aroso de Almeida, tal não significa que a boa administração se concretiza ou esgota nessa dimensão, nem se alcança a garantia de uma boa administração pelo simples respeito pelas regras e princípios jurídicos que se impõem à administração, pois “a estrita observância das regras e princípios jurí-

⁶⁵ Com a mesma opinião, AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor...*, p. 12.

⁶⁶ Freitas do Amaral define-o como o “dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso*, p. 38.

⁶⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 14.

⁶⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso*, p. 38.

dicos não garante, só por si, a *boa administração*”, isto porque existem problemas de *má administração* que se colocam noutros planos e, por isso, “só se resolvem mediante a intervenção de considerações que ultrapassam, claramente, as fronteiras do jurídico⁶⁹, para além de que, as disfunções, da mais variada índole, não decorrem normalmente, da específica violação de princípios jurídicos.⁷⁰

Por outro lado, a *boa administração*, entendida como a “adequada satisfação das necessidades mediante a correcta ponderação dos interesses em presença”, pode, na verdade, exigir a descoberta de soluções que não dependem da mera aplicação, ou ainda a mera aplicação das normas pode não ser suficiente para garantir a existência de uma boa administração⁷¹.

Daí que se defenda que o conceito de boa administração tenha que integrar componentes jurídicas e não jurídicas. Assim, *boa administração* seria aquela que “assegura a eficaz e eficiente satisfação das necessidades colectivas que a constituição e lei põem a seu cargo sem atropelar as exigências legais que visam a protecção dos direitos e interesses legítimos dos particulares”, a par do dever que cabe à administração de assegurar a correcta e satisfatória prossecução das necessidades postas a seu cargo⁷².

A nível do direito comunitário Europeu, o direito de boa administração confere aos cidadãos o direito de recorrerem ao Provedor de justiça Europeu, sempre que acharem estar perante um caso de *má administração*, sendo considerada existente sempre que “ um orga-

⁶⁹ Defendendo que o conceito de boa administração não pode ser encarado de um ponto de vista estritamente jurídico, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 25.

⁷⁰ Assim, o componente jurídico e o componente não jurídico do conceito de boa administração corresponderiam, respectivamente, a exigências de *legalidade, participação e transparência*, e a exigências de *performance e controlo*. Para um maior desenvolvimento deste assunto, vide, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 31.

⁷¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p.36

⁷² Assim, e numa outra perspectiva, será *boa administração* aquela que eh eficaz na prossecução dos seus fins, fazendo-o sempre com observância das exigências que o ordenamento jurídico lhe impõe, particularmente das que decorrem do dever de respeito pelos direitos e interesses individuais. *Ibid.*

nismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado”⁷³.

Aliás, esta é uma das expressões constantes do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, o qual compilou as principais regras e princípios cuja infracção deve ser qualificada como má administração, para o efeito de habilitar os eventuais interessados a apresentarem queixas junto do Provedor de Justiça Europeu⁷⁴. A clara identificação das situações que consubstanciam uma má administração a nível da União Europeia, situação cuja ocorrência consubstancia sempre uma violação do dever de boa administração, permite que se assumam o mesmo como um dever jurídico, a ponto de o seu cumprimento poder ser exigido perante os tribunais⁷⁵.

Entretanto, segundo Mário Aroso de Almeida, a referência a um *pretense direito a boa administração* não deve ser valorizada, “por possuir um sentido e alcance político, e não propriamente técnico-jurídico”⁷⁶, da mesma forma que considera não ideal a expressão *direito a boa administração*, por a mesma não ser um valor passível de ser subjectivado, por o alcance do conceito de boa administração ser tão vasto que não se pode reduzir a direitos subjectivos concretos⁷⁷.

Por isso, a ideia de *boa administração* “deve continuar a ser vista como um princípio, como um dever cuja concretização se impõe à administração e como uma legítima aspiração da comunidade, no seu conjunto”⁷⁸.

⁷³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 16

⁷⁴ Apesar das virtudes trazidas pela elaboração de um código Europeu de Boa Conduta Administrativa, é preciso evitar a interpretação errónea que pode o código induzir, no sentido de reduzir o papel do Provedor de Justiça, enquanto guardião da boa administração, como zelador do cumprimento das regras e princípios consagrados no código, reduzindo deste modo o papel do Provedor.

⁷⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 17

⁷⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 19, afirmando a desnecessidade de arrumar, sob uma única designação e num único artigo, os diferentes direitos e garantias dos administrados em relação a administração pública.

⁷⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 20. Isto porque dificilmente se podem concretizar como direitos subjectivos, dotados de um conteúdo suficientemente preciso para terem verdadeira operacionalidade jurídica.

⁷⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 21. Aliás, a elaboração do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa teve por detrás a assumpção da importância

2. A intervenção do Provedor de Justiça em face do poder Judicial

Na sua origem, e como já vimos, o Provedor surgiu como uma instituição destinada fundamentalmente a controlar a actuação da Administração Pública nas relações que a mesma estabelece com os cidadãos, sendo um órgão constitucional de garantia dos direitos, liberdades e garantias. É essa a sua principal função.

Questão importante discutida a nível do ordenamento jurídico Português refere-se à possibilidade de o Provedor de Justiça apreciar queixas relacionadas com o poder judicial, no sentido de saber se tal acto sofre ou não qualquer limite constitucional.

A questão colocada não se refere ao direito de o Provedor interferir na actividade concreta do juiz que consista na aplicação do direito a cada situação, pois fica claro que tais actos estão vedados ao Provedor de Justiça devido às limitações constitucionais inerentes ao exercício da função jurisdicional – princípio da independência dos tribunais – mas sim em que medida a intervenção do Provedor abrange a actividade dos tribunais, sem colidir com as limitações acima referidas, isto é, se o Provedor deve igualmente zelar pelo cumprimento efectivo, por parte dos poderes públicos e no âmbito da Administração da Justiça, pela efectiva realização do acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, considerando que aqueles são um elemento essencial para a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos.⁷⁹

Segundo Jorge Miranda, o Provedor de Justiça apenas poderia intervir sobre a actuação dos tribunais “quando exerçam actividades substancialmente administrativas”⁸⁰, isto é, quando esteja em causa

da afirmação e tutela destes princípios pelo Provedor de Justiça, junto da Administração. Conforme explica Mario Aroso de Almeida, o reconhecimento do facto de que o domínio privilegiado de intervenção do Provedor de Justiça reside na fiscalização do respeito pelos princípios de boa conduta que a administração deve observar quando não esta vinculada por regra estrita – princípios a que, historicamente não se reconhecia conteúdo jurídico e que, por isso, só se podiam conceber como princípios de *boa administração*, no sentido de que eram princípios extra-jurídicos, inteiramente subtraídos ao controlo dos tribunais. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor ...*, p. 33.

⁷⁹ CRISTINA SÁ COSTA, *O Provedor...*, p. 266.

⁸⁰ JORGE MIRANDA, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, Tomo I, p. 219.

a actividade de carácter administrativo desenvolvida pelos tribunais. Exemplos desses actos são os dados por MARIA LÚCIA AMARAL, nomeadamente os “actos necessários à boa administração do elemento *personal* dos serviços (...), todos os necessários à boa administração do elemento *material* dos serviços (...), todos os necessários ao *controlo* da boa administração do serviço no seu conjunto (...), actos, que dizendo respeito a processos, não pressuponham no entanto uma função de juízo, como, por exemplo, o cálculo das custas judiciais”⁸¹.

Assim, se em foro judicial não forem cumpridos ou estabelecidos prazos razoáveis de acção ou de recurso, actos que fazem parte do amplo direito de acesso aos tribunais, neste caso o Provedor poderia intervir.

Tal aceção, com a qual partilhamos, é defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira, para os quais tal direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva, porquanto as partes formais num processo judicial em tramitação “tem o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo.”⁸²

Assim, apenas quanto a estes últimos actos, que integram aquilo que MARIA LÚCIA AMARAL designa como “a boa administração do serviço de justiça” – porque não são materialmente jurisdicionais –, pode haver intervenção por parte do Provedor de Justiça, designadamente recebendo queixas e fazendo recomendações; ao invés, no campo materialmente jurisdicional da “administração da justiça”, “não deve a actuação do Provedor de qualquer modo incidir”⁸³.

⁸¹ MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor ...*, pp. 52-53.

⁸² Vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 269. Esta posição é igualmente defendida por Cristina Sá Costa, para quem o atraso judicial, imputável a actividade judicial, é sem dúvida uma questão administrativa, devendo por isso ser reconduzida ao funcionamento dos tribunais, na senda dos critérios de boa administração, mormente no que concerne a gestão do tempo. Vide CRISTINA SÁ COSTA, *O Provedor...*, p. 265.

⁸³ MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça e o poder...* p. 53.

De igual modo, caso se verifiquem situações injustas concretas causadas por acção ou omissão do tribunal, ou ainda deficiências comuns a todo o sistema judiciário, pode o Provedor intervir com vista a prevenir ou reparar tais situações, fazendo, por exemplo, pedidos de fiscalização da constitucionalidade, recomendações, visitas de inspecção, investigações e inquéritos, ou colaborando com os órgãos e serviços competentes.⁸⁴

Exceptuando as situações acima referidas, o Provedor de Justiça não pode, em princípio, intervir perante as decisões jurisdicionais, sob pena de violação das normas constitucionais, segundo a *teoria da inadmissibilidade constitucional de intervenção do Provedor de Justiça perante as decisões jurisdicionais*⁸⁵, pois tal equivaleria a exercer sobre os tribunais uma pressão informal que certamente atentaria contra a independência do poder judicial. Todavia, esta teoria não é pacífica, sendo vários os autores que a ela se opõem⁸⁶.

Segundo a teoria da inadmissibilidade constitucional de intervenção do Provedor de Justiça perante as decisões jurisdicionais o Provedor de Justiça não pode emitir recomendações em consequência de uma decisão materialmente jurisdicional, sob de violação do princípio da separação de poderes, uma vez que, deste modo, invadiria a reserva de jurisdição atribuída aos tribunais (artigo 202.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), sendo que por outro lado, é aos tribunais que compete assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 202.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Em segundo lugar, e segundo a teoria em causa, o Provedor de Justiça não deve pronunciar-se sobre uma sentença, pois, ao fazê-lo, desrespeitaria a obrigatoriedade das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Em terceiro lugar, o Provedor de Justiça não pode, de qualquer modo, intervir perante decisões jurisdicionais, porque isso implica o

⁸⁴ CRISTINA SÁ COSTA, *O Provedor...*, p. 266.

⁸⁵ ASSIM, JOÃO CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Provedor de Justiça...*, p. 64.

⁸⁶ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Provedor*, p. 198.

desrespeito da garantia de independência dos tribunais (artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa).

Assim, e segundo esta teoria, o Provedor de Justiça só pode dirigir recomendações relativas à boa administração do serviço de justiça ou ainda dirigir recomendações quanto à própria administração da justiça, isto porque “dirigir recomendações quanto à administração da justiça não é nem administrar justiça nem contrariar a justiça administrada pelos tribunais”, não devendo as recomendações questionar a legitimidade do tribunal nem a sua autoridade e, muito menos, anula ou revoga qualquer decisão jurisdicional. tribunais”⁸⁷, isto porque as recomendações não constituem actos materialmente jurisdicionais, não podendo as mesmas ser entendidas como *usurpação* da função jurisdicional reservada pela Constituição aos tribunais⁸⁸.

Deste modo, como explicam Augusto Silva Dias e Francisco Aguilár, criticar o conteúdo de uma prática jurisdicional que não toma a sério direitos, liberdades e garantias não pode ser visto – mesmo à luz do crivo mais exigente – nem como um questionar da legitimidade do tribunal para decidir nem como um incitamento ao incumprimento das decisões jurisdicionais⁸⁹.

Assim, não pode ter-se como correcta a ideia de que uma questão que pode ser objecto da função jurisdicional não pode ser analisada pelo Provedor de Justiça. Julga-se, isso sim, que uma queixa relativa à actividade judicial estaria, pela sua natureza, fora do âmbito da

⁸⁷ AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor...*, p. 21

⁸⁸ AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor...*, p. 21., para quem a recomendação do Provedor de Justiça, desde logo, não compõe um conflito entre partes nem decide, perante o caso concreto, uma questão de direito: a recomendação do Provedor não compõe rigorosamente nada, nem decide, efectivamente, o que quer que seja. Isso mesmo resulta, por um lado, da natureza jurídica da recomendação e, por outro, da já observada falta de poder decisório à actuação do Provedor de Justiça. Assim, não consubstanciando a recomendação do Provedor de Justiça a realização de um acto próprio da função jurisdicional, cai pela base a pretensão da violação, pela mesma, da reserva de jurisdição constitucionalmente atribuída aos tribunais. MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça e o poder...*, p. 52. Em sentido contrário, defendendo que não deverá sequer admitir a queixa dirigida à formulação de uma tal recomendação, determinando, pelo contrário, o seu arquivamento, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Provedor*, p. 201.

⁸⁹ AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor...*, p. 21.

actividade do Provedor de Justiça, se a sua apreciação e a eventual emissão, sobre ela, de uma recomendação, *envolvessem a violação da independência do poder judicial protegida pelo art. 203.º CRP.*

Portanto, sempre que estivessem em causa matérias em que os órgãos jurisdicionais praticam actos não directamente ligados à sua jurisdição ou no exercício de funções materialmente administrativas, não se pode dizer que a sua independência é posta em causa⁹⁰.

Conclusão

O provedor de Justiça é um órgão de garantia dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos que tem como um dos propósitos encontrar uma forma expedita, menos formal e gratuita, do que o tradicional recurso aos tribunais.

Através de um modo de actuação independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na constituição e demais legislação, pretende-se que o Provedor de Justiça, coexistindo com meios formais de tutela de interesses que, por vezes, se revelam estruturas complexas e distantes dos cidadãos, seja um meio acessível de promover os direitos dos cidadãos, de forma expedita e desburocratizada, contribuindo, desta forma, para cada vez melhor acesso à justiça.

Entenda-se, entretanto, que não se deve olhar para o provedor de justiça como um órgão que se possa substituir à Administração Pública na formulação de juízos que só a ela compete. O que queríamos dizer é que o Provedor de Justiça tem um papel essencial no alcance da justiça administrativa, isto porque sempre que se verifiquem violações ou ameaças de direitos subjectivos ou interesses legítimos dos particulares, o Provedor de Justiça pode e deve analisar a causa de tais situações, de forma a promover a boa administração e prevenir a ocorrência futura de situações idênticas.

Assim, ser uma das prioridades do Provedor de Justiça a defesa concreta dos cidadãos que se lhe dirigem, empenhando-se na solução efectiva dos seus problemas, quando estejam em causa situações de

⁹⁰ M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 52-53.

injustiça, decorrentes de deficiências de organização e de funcionamento, que a própria Administração possa resolver.

Entretanto, e como já visto, a eficácia do Provedor de Justiça assenta quase exclusivamente, como se disse, no prestígio que os seus sucessivos titulares saibam permanentemente granjear para a instituição através da sua actividade.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVARO GIL ROBLES, *Pluralidade e Singularidade do Ombudsman na Comparação de experiências Europeias*, in, Provedor de Justiça, *O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2007.
- ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Provedor de Justiça e os Meios Administrativos e Jurisdicionais de Controlo da Actividade Administrativa*, in O Provedor de Justiça, *Novos Estudos*, 2008.
- ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Do Provedor de Justiça Europeu: Algumas Considerações*, in XX Aniversário do Provedor de Justiça, *Estudos, Provedoria de Justiça*, Lisboa, 2005.
- AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUILAR, *O Provedor de Justiça e o Processo Penal*, in O Provedor de Justiça, *Novos Estudos*, 2008.
- CARLA AMADO GOMES, *O Provedor de Justiça e a Tutela de Interesses Difusos*, in O Provedor de Justiça, *Novos Estudos*, 2008.
- CRISTINA SÁ COSTA, *O Provedor de Justiça e a Actividade dos Tribunais*, in XX Aniversário do Provedor de Justiça, *Estudos, Provedoria de Justiça*, Lisboa, 2005.
- DAVID DUARTE, *A Discricionariedade Administrativa e a Competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, in O Provedor de Justiça, *Novos Estudos*, 2008.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, IV Volume, Lisboa 1988.
- FILIFE BOA BAPTISTA, *O Modelo de Unidade e a Criação de Instituições Afins do Ombudsman: Uma Tensão Recorrente na Experiência Parlamentar*, in Provedor de Justiça, *O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2007.

- JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª Edição, Âncora Editora, 2007.
- JOÃO CAUPERS, *A Pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública*, in *Provedor de Justiça O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas independentes*, Lisboa, 2007.
- JOÃO CAUPERS, *A Pretexo do Dever de Sigilo do Provedor de Justiça*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006 .
- JORGE MIRANDA, *Sobre o Âmbito de Intervenção do Provedor de Justiça*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006.
- JORGE REIS NOVAIS, *A Intervenção do Provedor de Justiça nas Relações entre Privados*, in *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, 2008.
- JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Provedor de Justiça e a Protecção Efectiva dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006.
- JOSÉ MANUEL MENÉRES PIMENTEL, *A Pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública*, in *Provedor de Justiça O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2007.
- J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2007.
- LUIÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Provedor de Justiça, Ilustração e Crise da Legalidade Especial*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006.
- MANUEL MEIRINHO MARTINS e JORGE DE SÁ, *O Exercício do Direito de Queixa Como Forma de Participação Política – O Caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2005.
- MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol I, Lisboa 1999.
- MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça e o Poder Judicial*, in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006.
- MARIA LÚCIA AMARAL, *O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?* in *Provedor de Justiça*,

O Cidadão, O Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2002.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor de Justiça como Garante da Boa Administração*, in O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição, Lisboa, 2006 .

PIERRE-YVES MONETTE, *A Boa Governação ao Serviço do Desenvolvimento Duradouro*, in O Provedor de Justiça, Novos Estudos, 2008.

RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *As funções do Provedor de Justiça e os Limites Jurídicos da sua Intervenção*, in O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição, Lisboa, 2006.

TIAGO DUARTE, *O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado*, in O Provedor de Justiça, Novos Estudos, 2008.

VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in *Provedor de Justiça O Cidadão*, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa, 2007.

Angola e a Liberdade de Religião¹

Angola and the Freedom of Religion

JORGE BACELAR GOUVEIA²

Resumo: A laicidade e a liberdade religiosa – sendo linhas orientadoras fundamentais do Constitucionalismo Contemporâneo, ainda que conquistadas tardiamente e com avanços e recuos conhecidos – são hoje uma sólida realidade jurídico-política de Angola, o que se comprova pelo reconhecimento das suas dimensões tanto ao nível do novo texto constitucional de 2010 como também no Direito Legal, não se deixando aqui de contemplar uma lei especificamente reguladora do fenómeno religioso, em grande medida inspirada na legislação portuguesa.

Palavras chave: *liberdade de religião, Constituição, Angola.*

Abstract: Secularism and religious freedom – being fundamental guidelines of Constitutionalism, yet conquered late and with advances and setbacks – are now really solid law and policy of Angola, which is proved by the recognition of its dimensions both to the high level of the Constitution of 2010 as well as the ordinary law, not leaving here to address a specific act regulating the religious phenomenon, largely inspired by the Portuguese legislation.

Keyw ords: *freedom of religion, Constitution, Angola.*

¹ Entregue: 1.6.2016; aprovado: 3.7.2016.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Email: jorgebacelargouveia@live.com

I

AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO, O ESTADO E A RELIGIÃO EM GERAL

1. Estado Constitucional Contemporâneo e princípio da laicidade

A conceção geral do Estado Contemporâneo tem associada, numa elaboração mais recente, *um modo específico de apreciar as relações entre o poder político e o fenómeno religioso*³, no sentido de se consagrar *um esquema de separação*, assim se rejeitando modelos de *fusão* ou de *identificação* entre eles:

- o modelo da *fusão entre o poder político e o fenómeno religioso*, ora com predomínio do fenómeno religioso – *teocracia* – ora com predomínio do poder político – *cesaropapismo*;
- o modelo da *identificação do poder político com o fenómeno religioso*, mantendo-se as duas estruturas de poder paralelamente, com tratamento igual ou diferenciado das religiões em causa, mas com interferências de um sobre o outro.

Está assim ínsito no Constitucionalismo *um programa de neutralidade religiosa do poder político*, aberto às diversas manifestações de

³ Quanto às relações entre o poder político e o poder religioso, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A proteção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIV, Lisboa, 1993, pp. 183 e ss., *Religião e Estado de Direito – uma visão panorâmica*, in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Coimbra, 2006, pp. 429 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 5.ª ed., Coimbra, 2015, pp. 861 e ss.; AAVV, *Europäisches Datenschutzrecht und die Kirchen* (org. de GERHARD ROBBERS), Berlin, 1994, pp. 9 e ss.; DOMINIQUE LE TOURNEAU, *O Direito da Igreja – Iniciação ao Direito Canónico*, Lisboa, 1998, pp. 117 e ss.; PEDRO FILIPE MBANDANGO, *Convicções religiosas: relevância na relação jurídico-laboral*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto*, Luanda, n.º 13 de 2013, pp. 90 e ss.

religiosidade humana, com isso se reforçando a democraticidade do poder exercido.

2. A liberdade religiosa: da contestação ao consenso

Essa não foi, contudo, uma senda uniforme, porquanto em alguns pensadores do Constitucionalismo tal princípio assumiu e assume contornos mais agressivos, diretamente ligados ao *laicismo*, em que se pretende combater a religião, considerada uma manifestação “obscurantista” ou “irracional” da organização coletiva humana, merecendo, por isso, ser abolida.

A separação entre o poder político e as confissões religiosas determina que as finalidades e as tarefas desenvolvidas pelo Estado não possam ser influenciadas por indicações de natureza religiosa.

Do ponto de vista prático, essa orientação desabrocha em importantes consequências: *não só a ausência de uma religião oficial do Estado como a impossibilidade de as instâncias políticas interferirem nas decisões do foro religioso*, sendo a vice-versa igualmente verdadeira.

3. A diversidade de modelos de liberdade religiosa

Contudo, *não se pode considerar a existência de um modelo único de separação cooperativa na relação entre o poder político e o fenómeno religioso*, pelo que importa realçar algumas das suas tonalidades⁴:

- o modelo da *separação cooperativa igualitária*, com relações de colaboração entre o poder político e as diversas religiões, num estrito plano de igualdade;
- o modelo da *separação cooperativa diferenciada*, com relações de cooperação entre o Estado e o fenómeno religioso, mas com um tratamento especial de alguma ou algumas das religiões, em

⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Religião e Estado...*, p. 436.

função de critérios objetivos, como o da sua implantação nos seus fiéis ou o do tipo de atividades desenvolvidas.

Em qualquer destes casos, vigoram dois princípios fundamentais: o *princípio da neutralidade religiosa* – o Estado não tem uma religião, não se confundindo com nenhuma delas; o *princípio do pluralismo religioso* – o Estado convive com quaisquer religiões, nenhuma podendo desconsiderar.

4. Separação absoluta e laicismo

Há ainda quem adicione um outro esquema, dentro da separação entre o Estado e as confissões religiosas, que é o modelo da *separação absoluta*, pelo qual se proíbe qualquer tipo de relação, por mais igual ou cooperativa que seja.

Só que o modelo da separação absoluta, teoricamente mais puro na defesa da neutralidade e do pluralismo religioso, *acaba por se transformar num modelo de “confusão” entre o Estado e o fenómeno religioso, dado que se traduz na criação de uma religião estadual “estranha”: a do laicismo, ou seja, a “antirreligião”, que acaba por ser uma religião negativa, com o precípua objetivo de aniquilar as religiões positivas estabelecidas.*

Efetivamente, nenhuma separação absoluta pode sobreviver a um mínimo de indagação: a construção de um Estado Laico pressupõe um conjunto mínimo de relações com o fenómeno religioso.

5. Separação cooperativa gradativa e verdadeira liberdade religiosa

A conceção subjacente ao modelo da *separação cooperativa, igualitária ou diferenciada*, entre o Estado e as confissões religiosas não quer forçosamente implicar que entre eles se não possam estabelecer variáveis nexos de entendimento.

E esse entendimento até pode ser desejável, em comunidades de intensa manifestação religiosa, na medida em que o poder político deve olhar para o fenómeno religioso como uma realidade viva e social que muito lhe interessa e em nome da qual assenta a sua razão de ser.

A delimitação dos espaços de inter-relação entre poder político e confissões religiosas não se apresenta num um só figurino, sendo antes possível equacionar diversas velocidades:

- *um espaço mínimo, de proteção institucional*, em que as confissões religiosas tenham direito à proteção da sua existência, jurídica e social, assim como das suas atividades, devendo o Estado prevenir e reprimir eventuais obstáculos e perseguições;
- *um espaço intermédio, de partilha de responsabilidades sócio-culturais*, sendo certo que são múltiplos os campos de atividade em que se regista a coincidência dos fins do Estado e das finalidades identicamente prosseguidas pelas confissões religiosas;
- *um espaço amplo, de intensa colaboração recíproca*, na qual o Estado aceita as atividades de confissões religiosas realizadas com independência do poder estadual, como é o caso dos efeitos civis do casamento ou de outros atos praticados no foro estritamente religioso.

II

A LIBERDADE DE RELIGIÃO EM ANGOLA

6. A laicidade cooperativa na Constituição de Angola de 2010

A opção constitucional do Estado de Angola foi indubitavelmente no sentido da adoção do *modelo da separação cooperativa* entre o poder político e o fenómeno religioso⁵.

⁵ Quanto ao fenómeno religioso em Angola, numa perspetiva sociológica e jurídica, v. FÁTIMA VIEGAS, *Igrejas e conflitos em Angola*, in AAVV, *Sociedade e Estado em construção: desafios do Direito e da Democracia em Angola* (orgs. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e JOSÉ OCTÁVIO SERRA VAN DÚNEM), Coimbra, 2012, pp. 497 e ss.; RAUL ARAÚJO e ELISA RANGEL NUNES, *Constituição da República de Angola anotada*, tomo I, Luanda, 2014, pp. 220 e ss., e pp. 318 e ss.

Eis uma matéria em que a nova Constituição da República de Angola (CRA), de 5 de fevereiro de 2010, toma uma posição direta, não se coibindo de estabelecer diversas orientações em três diferentes contextos:

- *na configuração do Estado Angolano*, através da enunciação dos seus princípios fundamentais;
- *na proteção dos direitos fundamentais*, através da consagração da liberdade religiosa como direito, liberdade e garantia fundamental;
- *no exercício do poder político*, através dos limites impostos à atuação jurídico-pública no sentido de respeitar a liberdade religiosa.

7. A laicidade como princípio constitucional

No que é concernente aos *Princípios Fundamentais* do Título I da CRA, o cuidado com o assunto chegou ao ponto de o texto constitucional lhe dedicar um artigo completo, nos seguintes termos:

Artigo 10.º (Estado laico)

1. A República de Angola é um Estado laico, havendo separação entre o Estado e as igrejas, nos termos da lei.
2. O Estado reconhece e respeita as diferentes confissões religiosas, as quais são livres na sua organização e no exercício das suas actividades, desde que as mesmas se conformem à Constituição e às leis da República de Angola.
3. O Estado protege as igrejas e as confissões religiosas, bem como os seus lugares e objectos de culto, desde que não atentem contra a Constituição e a ordem pública e se conformem com a Constituição e a lei.

A formulação constitucional expressamente inclui uma referência ao modelo de separação cooperativa entre o Estado e as confissões religiosas, todas colocadas em plano de igualdade no seu pluralismo, ainda que na condição de a sua atividade não atentar contra a Constituição e a ordem pública.

8. A liberdade de consciência, de religião e de culto como direito fundamental

Ao nível dos *Direitos e Deveres Fundamentais* do Título II da CRA, o preceito fundamental é o da positivação da *liberdade de consciência, de religião e de culto*, o qual estabelece, no seu primeiro número, que “A liberdade de consciência, de crença religiosa e de culto é inviolável”⁶.

Este direito fundamental vai depois irradiar para outros âmbitos específicos em que se sente a relevância da atividade religiosa:

- *a título individual*: pela livre atuação das pessoas na expressão da sua fé religiosa, em privado e em público, no culto ou em quaisquer outras manifestações pertinentes⁷;
- *a título institucional*: pela livre criação de associações religiosas, bem como a liberdade da sua organização e atividade, podendo beneficiar da proteção do Estado e da Ordem Jurídica.

9. A neutralidade religiosa do Poder Político

Em matéria de *Organização do Poder do Estado*, cujo regime é essencialmente incorporado no Título IV da CRA, prevalece a orientação da separação entre o poder político e o fenómeno religioso,

⁶ Art. 41.º, n.º 1, da CRA.

⁷ Incluindo a profissão de uma fé religiosa no âmbito laboral. Cfr. PEDRO FILIPE MBANDANGO, *Convicções religiosas: relevância...*, pp. 108 e ss.

havendo a impossibilidade da identificação ou, pior, da fusão entre estas duas esferas da vida coletiva.

Em vários dos seus âmbitos de atuação, o Estado-Poder está sujeito a uma orientação de *neutralidade religiosa*, obedecendo a algumas proibições:

- *na não discriminação em função da religião*: “Ninguém pode ser prejudicado, privilegiado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua ascendência, sexo, raça, etnia, cor, deficiência, língua, local de nascimento, religião, convicções políticas, ideológicas ou filosóficas, grau de instrução, condição económica ou social ou profissão”⁸;
- *na prestação do serviço militar por razões de consciência*: “É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei”⁹;
- *como limite material de revisão constitucional*: “As alterações da Constituição têm de respeitar o seguinte: (...) g) A laicidade do Estado e o princípio da separação entre o Estado e as igrejas”¹⁰.

10. A Lei sobre o Exercício da Liberdade de Consciência, de Culto e de Religião

No plano do Direito ordinário, há a referir a Lei sobre o Exercício da Liberdade de Consciência, de Culto e de Religião (LELCCR) (Lei n.º 2/04, de 21 de maio), que estipula o regime da organização e da atividade das confissões religiosas, com a seguinte sistematização:

- Capítulo I – *Disposições Gerais*
- Capítulo II – *Reconhecimento das Confissões Religiosas*
- Capítulo III – *Funcionamento das Confissões Religiosas*
- Capítulo IV – *Disposições Finais e Transitórias*

⁸ Art. 23.º, n.º 2, da CRA.

⁹ Art. 41.º, n.º 3, da CRA.

¹⁰ Art. 236.º, al. g), da CRA.

Para além da afirmação do conteúdo da liberdade religiosa já constitucionalmente relevante, importa realçar neste diploma legal o limite geral do exercício da liberdade religiosa que se traduz no cumprimento de um princípio da legalidade, assim formulado mas, que parece ser excessivo nas limitações que impõe: “A nenhum cidadão ou instituição é permitido invocar a liberdade religiosa ou a objecção de consciência para a prática de actos que sejam incompatíveis com a vida, a integridade física ou a dignidade das pessoas, a ordem pública ou, nos termos da lei, com os princípios fundamentais da ordem constitucional angolana”¹¹.

É também de referir a afirmação dos dois princípios basilares na construção do modelo de relações entre o Estado Angolano e o fenómeno religioso, ainda que se entreveja aqui um tom mais “separatista” do que aquele que se pode ler no novo texto constitucional:

- o *princípio da laicidade*: “O Estado angolano é laico, havendo completa separação entre o Estado e as instituições religiosas”¹²;
- o *princípio da igualdade*: “As confissões religiosas têm direito a igual tratamento, nos termos da lei”¹³.

Matéria igualmente importante é a regulação do reconhecimento das confissões religiosas, submetendo-as a um procedimento perante o Governo em que avultam requisitos formais exagerados que podem prejudicar as confissões religiosas minoritárias, sobretudo os que dizem respeito ao número de fiéis e à presença no território angolano, uma vez que o fenómeno religioso não tem de possuir um qualquer limite mínimo de adeptos ou de aplicação espacial¹⁴.

11. O reconhecimento legal de feriados religiosos

É ainda de mencionar o reconhecimento legal de alguns feriados religiosos pela Lei dos Feriados Nacionais e Locais e das Datas de

¹¹ Art. 8.º da LELCCR.

¹² Art. 3.º, n.º 1, da LELCCR.

¹³ Art. 3.º, n.º 2, da LELCCR.

¹⁴ Cfr. os arts. 9.º e ss. da LELCCR.

Celebração Nacional (LFNLDCN) (Lei n.º 10/11, de 16 de fevereiro), se bem que essas datas também possam ser ambivalentemente consideradas datas laicas:

- 1 de janeiro – Santa Maria, Mãe de Deus, aludindo aquele diploma ao “Dia do Ano Novo”;
- “Sexta-Feira Santa” – Paixão e Morte de Jesus Cristo;
- 2 de novembro – “Dia de Finados” (Fiéis Defuntos);
- 25 de dezembro – “Dia de Natal” (Nascimento de Jesus Cristo) “e da Família”¹⁵.

¹⁵ Cfr. o art. 2.º, als. a), f), i) e k), da LFNLDCN.

Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal¹

Compulsory acquisition procedure and Dialogical Public Administration: expropriation comparative study of Brazil and Portugal

LUCIANO FERRAZ²
JORGE BACELAR GOUVEIA³

Resumo: O artigo se propõe a fazer uma análise comparativa do processo de expropriação no Brasil e em Portugal. Mas as temáticas versadas são bastante mais amplas do que isso. É a partir da contextualização do direito de propriedade como direito fundamental constitucional e da necessidade de compatibilizá-lo com o poder expropriatório na perspectiva do Estado Democrático de Direito, que a temática é apresentada ao leitor. Os autores admitem a necessidade do câmbio da Administração Pública unilateral e autoritária para a Administração dialógica e democrática, utilizando o processo administrativo e seus princípios (devido processo legal e contraditório) como lugar ideal para a solução consensual dos conflitos. Além disso, o texto critica a antiga legislação brasileira sobre desapropriação (Decreto-lei 3.365/41), eis que editada em época de autoritarismo (Governo Vargas), propondo-lhe uma interpretação conforme a Constituição, a fim de valorizar democracia, princípios jurídicos e consenso. O exame da legislação portuguesa (Lei 168/99) permite ver que há avanços nesse sentido em Portugal, embora também lá, a exemplo do Brasil, existam conflitos na definição dos valores corretos para a indenização do particular expropriado. Merece destaque a aplicação em Portugal de mecanismos para a solução extrajudicial de conflitos.

¹ Entregue: 5.6.2016; aprovado: 9.9.2016.

² Professor Associado de Direito Administrativo na UFMG. Professor Adjunto de Finanças Públicas e Direito Financeiro na PUC Minas (licenciado). Pós Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Advogado e Parecerista.

³ Professor Catedrático, Presidente do Conselho Científico e Diretor do CEDIS da Universidade Nova de Lisboa. Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa. Jurisconsulto e Advogado.

E, por fim, o intercâmbio entre Direito Comunitário-internacional e Direito Interno participa do conteúdo do artigo.

Palavras chave: *Propriedade. Expropriação. Direitos Fundamentais. Administração Pública Dialógica. Democracia. Processo Administrativo. Consenso. Brasil. Portugal.*

Abstract: The purpose of this article is to comparatively analyze compulsory acquisition in Brazil and in Portugal, taking into account the grand scope of the matter. The subject in question is presented to the reader starting with the examination of property law as a fundamental and constitutional right and with the necessity of making it compatible with the power of expropriation under the Democratic State of Law. The authors admit that there is a need of converting the unilateral and authoritarian Public Administration into a dialogic and democratic one, using the administrative process and its principles of due process and adversarial principle as an ideal starting point for solving the consensual conflict. Furthermore, the authors criticize the outdated Brazilian expropriation legislation (Decreto-lei 3.365/41) emended during the authoritarian period of the Vargas Government, offering an interpretation according to the Constitution in order to value democracy, legal principles and consensus. The analysis of Portuguese legislation (Lei 168/99) demonstrates that there is progress in respect to Portugal, however, in Brazil, there are conflicts regarding fair compensation and indemnity for expropriated property. Portuguese methods of extra-judicial conflict solutions deserve praise. In conclusion, the exchange between International Community Law and National Law is also contemplated in this article, be it on the analysis of the *Perdigão vs. Portugal* case decided by the European Court of Human Rights (Portugal), or through the Supranational perspective of provisions of the Pact of San Jose, Costa Rica (Brazil).

Key words: *Property. Expropriating. Fundamentals Rights. Dialogical Public Administration. Democracy. Administrative Process. Consensus. Brazil. Portugal.*

1. Introdução

Os direitos fundamentais tiveram difícil percurso de afirmação ao longo da história.⁴ Entre eles, o direito de propriedade – cujo conceito

⁴ Cf. a coletânea de texto de BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Direito Humanitário Internacional*. Coimbra: Almedina, 2006; BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Os Direitos Fun-*

material (econômico e social) remonta à pré-história –⁵ foi, a partir do liberalismo, um dos protagonistas em guiar mentes e corpos ao objetivo de revolucionar e racionalizar a organização das sociedades e dos Estados.⁶

O tema escolhido para dissertar neste ensaio – o da expropriação de bens privados no Brasil e em Portugal – perpassa exatamente pelo exame do direito fundamental à propriedade (em ambos os ordenamentos jurídicos) e sua interseção com o poder expropriatório do Estado. Subjacente a isso, reside um intenso conflito entre liberdade e autoridade – conflito este que se instala sempre que a propriedade particular é tocada pela força expropriatória do Estado.

No Brasil, a par das disposições constitucionais próprias (art. 5º, XXIV⁷, CB/88, art. 182, §4º, art. 184, art. 243), a Lei Geral das Desapropriações é representada pelo Decreto Lei 3.365/41, uma legislação arcaica, editada em época de regime autoritário (Estado Novo) – e que necessita de renovada interpretação à luz da Constituição de 1988. A propósito, encontram-se pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, importantes questões sobre o regime jurídico das expropriações, envolvendo, fundamentalmente, querelas relativas ao montante e ao momento das indenizações devidas ao particular.

damentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: CUNHA JUNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Salvador: Podium, 2007. p. 139 *et seq.*; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013; QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000; HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: a history*. New York: Norton e Company Inc., 2007. Disponível em http://www.amazon.com/Inventing-Human-Rights-A-History/dp/0393331997#reader_0393331997. Acesso em 21.02.2016.

⁵ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Direito Administrativo dos Bens e Restrições Estatais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶ Sobre a influência do direito de propriedade em diversos eventos históricos com repercussões importantes na organização do Estado e da Sociedade Mundial, ver: PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. *Historia da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

⁷ Art. 5º [...]: XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Em Portugal, o tema também é tratado na Constituição da República (art. 61, CP/76)⁸ e na legislação infraconstitucional. O Código de Expropriações de 1999 (Lei 168/99), conquanto mais recente do que a lei brasileira (e posterior à atual Constituição Portuguesa), nem por isso deixa de ser emblemático e controvertido em pontos específicos. Além das discussões doutrinárias, há recentes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que influenciam a compreensão do processo expropriatório em Portugal, encontrando-se em período de gestação no Ministério da Justiça proposta de revisão legislativa sobre o tema.⁹

Nesta perspectiva, é que a abordagem deste ensaio, que busca formular um juízo de comparação entre os dois países, parte da natureza procedimental da expropriação (na esfera administrativa), com foco nas relações jurídicas travadas pelo expropriante e o expropriado – e na valorização do processo administrativo como *locus* para a construção dialógica dessas relações, em ordem a contribuir para o debate acadêmico e prático das comunidades lusófonas.

O marco teórico escolhido advém, fundamentalmente, da doutrina de Vasco Manoel Dias Pereira da Silva, que propõe a superação parcial do ato administrativo como conceito central da disciplina do Direito Administrativo na modernidade e sua substituição pela perspectiva das

⁸ **Artigo 62. Direito de propriedade privada**

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

⁹ Trata-se do Projeto 1874/2012, de 1º de abril de 2013. Apresentação 4.759 ao Conselho Superior da Magistratura. O tema tem despertado interesse a reboque da valorização das questões urbanísticas em Portugal e no restante da Europa. Como salienta o lusitano Fernando Alves Correia, “o direito do urbanismo português – à semelhança do que se passa com os ordenamentos urbanísticos de outros países da União Europeia – apesar da sua relativa complexidade, deixou de ser uma matéria exclusiva de juristas e de especialistas. Os cidadãos passaram a interessar-se por ele e a discuti-lo. Por sua vez, a comunicação social (imprensa, rádio, televisão) vem dando uma atenção especial aos problemas actuais do direito do urbanismo. Este é, nos dias de hoje, um tema mediático, um tema que está na moda (CORREIA, Fernando Alves (Coord.). O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo. *Actas do 1º Colóquio Internacional*. Almedina, 2002. p. 13-14).

relações jurídicas subjacentes e de sua construção pela via do procedimento administrativo.¹⁰

As premissas para o desenvolvimento do estudo são:

- (a) o reconhecimento da vinculação do agir administrativo aos princípios jurídicos constitucionais, comunitários e internacionais, a reclamar da Administração Pública maior amplitude de conformidade no exercício de sua competência expropriatória;
- (b) a democratização do exercício da atividade administrativa expropriatória, garantindo ao interessado a oportunidade de reivindicar e exercer direitos em face da própria Administração Pública;
- (c) a mitigação do exercício unilateral e autoritário do poder expropriatório, que deve ser substituído, sempre que possível, pela busca do consenso e pela solução pacífica das controvérsias (em particular, no âmbito da esfera administrativa).

Tudo isso implica incursões na seara do devido processo legal administrativo e dos mecanismos extrajudiciais e de consenso para a solução das controvérsias em torno do processo de expropriação. Propõe-se, ao final, a ‘distensão democrática’ da fase administrativa do processo de expropriação no Brasil, cujos contornos podem se espelhar em boa medida – e com as devidas achegas – às previsões legislativas portuguesas.

A pesquisa revela-se do tipo exploratória, descritiva e explicativa, fundada, basicamente, em legislação, doutrina e jurisprudência. Duas são as vertentes teórico-metodológicas:

- (a) a vertente jurídico-dogmática, que estuda o tema sob o enfoque normativo, quer dizer: a partir dos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, para descortinar aspectos positivos e negativos;

¹⁰ SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da Silva. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996; *Para um contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra: Almedina, 1997; *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

- (b) a vertente social-científica, unida à transformação do pensamento jurídico em realidade, substancialmente com o fim de proporcionar alternativa social e economicamente útil ao procedimento da expropriação em ambos os países.

A análise comparativa da expropriação restringir-se-á à disciplina constitucional e às previsões do Decreto Lei 3.365/41 (Brasil) e do Código de Expropriações – Lei 168/99 (Portugal), ambos reguladores da desapropriação por utilidade pública (desapropriação ordinária) nos dois países.

O fio condutor da pesquisa reside na busca do equilíbrio entre autoridade e liberdade e em juízos de interpretação acerca das ordens constitucionais estabelecidas no Brasil e em Portugal.

2. Considerações sobre o direito de propriedade: evolução

A propriedade como fato social e econômico é realidade de reconhecimento universal, que deita raiz na pré-história. A propriedade privada, em primeiros tempos, era circunscrita a coisas de uso pessoal, pois a terra pertencia à comunidade, cultivada em comum, repartindo-se os frutos.¹¹

A evolução das formas de organização da sociedade, com o reconhecimento do valor comercial dos bens, fomentou o individualismo e a propriedade privada. Esta passou a ser vista como um direito imprescritível e inalienável de que cada família não poderia dispor.¹² Desde então, a propriedade privada tem sido a base da ordem social e econômica, apresentando-se – para importante vertente do pensamento filosófico mundial, como causa e efeito da desigualdade entre os homens.¹³

¹¹ BUYS DE BARROS, A. B. *Instituições de Economia Política*. 2. ed., Vol. 2., Rio de Janeiro: José Kofino, 1957, p. 88-90.

¹² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [19XX], p. 44-45.

¹³ ROUSSEAU, Jean Jaques. *Discours sur L'origine et les Fondements de l'Inégalité Parmi Les Hommes*. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf. Acesso em 03.07.2014.

A par desses apontamentos, descabe syndicar amiúde a origem do direito de propriedade, porque isso é muitas vezes inútil, como diz Marcel Planiol.¹⁴ É satisfatório, para fins do recorte que se processa neste ensaio, considerá-lo como imposto pela organização societária. Deveras, a pré-história, a antiguidade (Babilônia, Egito, Hebreus, Muçulmanos, Hindus), a civilização clássica (Grécia e Roma)¹⁵, os medievais (relações de vassalagem) e o direito moderno, todos reconheceram, de uma forma ou de outra, a propriedade privada como direito de todos ou de alguns cidadãos. É dizer: é interessante tratar a propriedade privada sob a perspectiva jurídica, a partir da concepção que os romanos lhe imprimiram.

O conceito romano de propriedade era individualista; cada coisa tinha apenas um dono, de direito e de fato, cujos poderes eram amplos e absolutos, abrangendo a propriedade do solo e de tudo aquilo que estivesse na superfície ou no subsolo, em toda altura e profundidade: *usque ad sidera et ad inferos*.¹⁶

¹⁴ PLANIOL, Marcel; RIPPERT, Georges, *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 2. ed., v.1, Paris: LGDJ, 1946; v.1. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 62. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 172.

¹⁵ Sabidamente, em Roma, a propriedade conheceu expressão jurídica, cunhando-se como direito de propriedade: “*dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi, re sua, quatenus ratio juris patitur*.” Contudo, o individualismo romano não era absolutista, pois também limitava a propriedade pelas necessidades sociais, observa Geny. Essa ideia de limites já se encontra em fontes romanas, como nas expressões: *quantenus juris ratio patitur, nisi lex prohibeatur*, entre outras (FRANÇA, Rubens Limogi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 146-149). Com efeito, “os romanos, a despeito de não possuírem nada equiparável à garantia constitucional da propriedade, sempre respeitaram a esfera dos particulares. Para viabilizar as grandiosas e recorrentes remodelagens urbanísticas de Roma, sempre preferiram a compra e venda à compulsão estatal. *Tacitus* narra que *Aurelius Pius*, membro do Senado, recebeu de *Tiberius* compensação econômica, depois que a construção de uma estrada e de um aqueduto desvalorizaram sua residência. Os romanos nunca cogitaram o confisco em prol do bem comum. Até no período marcado pelo pior centralismo autoritário, fase em que a força tomava o lugar da autoridade normativa, havia pagamento de uma indenização, apesar da compra e venda forçada (*Kauf oder Verkauf gezwungen*).” (PASQUALINI, Alexandre. Preservação do Patrimônio Cultural Imóvel e Dever de Indenizar. *In. Revista Interesse Público*. Ano 16. n. 84. abr./mar., 2014. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 214).

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 11.

A propriedade romana era, portanto, um “direito natural embrionário” que, aos poucos, se adaptava às transformações que se sucederam à organização familiar no convívio social. A propriedade coletiva foi substituída pela propriedade privada, que teve sua concepção modificada e atrelada à família monogâmica e aos meios de produção capitalistas regulados pelo direito privado.¹⁷

Na Idade Média, a propriedade foi fracionada como resultado da dispersão do poder político, no âmbito das relações de vassalagem. A propriedade da terra detinha-se, de direito, nas mãos do senhor feudal, mas, de fato, em mãos dos vassallos, a quem cabia, em contrapartida da exploração, o pagamento de expressivas somas aos primeiros.

Com a recentralização do poder político na fase do absolutismo, a doutrina jusnaturalista forjou a fórmula “*dominum eminens*”, buscando suportar juridicamente a incidência da soberania real sobre a ordem social e sobre todos os bens incursos no território do Estado. Paralelamente, foram desenvolvidas as “*potestas eminens*” – prerrogativas administrativas que autorizavam a intervenção do monarca sobre o direito de propriedade dos particulares.^{18/19}

¹⁷ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. Acesso em 24.03.2015.

¹⁸ FORSTHOFF, Ernest. *Tratado del derecho administrativo*. Tradução da 5. ed. alemã por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid: Imprenta, Instituto de Estudios Politicos, 1958, p. 40. Nesse sentido, explica o autor: “*por eso era precisa la conexión com el “dominium”, del cual es derivado el título jurídico para o el amplo derecho do soberano. Junto a este “dominium eminens”, referido al orden de la propiedad, surge también la “potestas emines”, referida, a su vez, a la persona y a las libertades de los súbtidos. Ambas nociones confluyen en el concepto superior de “ius eminens”, el cual se convierte em el denominador común de la amplia soberania administrativa del príncipe*” (FORSTHOFF, Ernest. *Tratado del derecho administrativo*. Tradução da 5. ed. alemã por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid: Imprenta, Instituto de Estudios Politicos, 1958, p. 41).

¹⁹ Nesse quadro é que se forjou a noção de domínio eminente – uma prerrogativa geral de ascendência do poder político sobre todas as coisas existentes dentro dos limites do território – alicerçou a competência expropriatória do Estado, fundada na premissa de que, por meio da expropriação, o poder público reassumiria a plenitude de seu domínio, até então latente sobre as coisas do território (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. E. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 210).

No início do século XVI, a classe ascendente, a burguesia, abastecida com os frutos econômicos gerados pelo aquecimento do comércio, revelou-se interessada na aquisição das terras dos nobres, reivindicando para si o usufruto pleno dos meios de produção e as prerrogativas associadas ao pensamento liberal fundado na propriedade privada.

Os pensadores liberais, com efeito, defenderam a proteção da propriedade privada pelo Estado. Locke, no Capítulo V, item 27 do Segundo Tratado sobre o Governo Civil, sustentou que a propriedade era um direito natural, próprio da natureza dos homens, inerente ao pleno desenvolvimento da personalidade: *“ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria coisa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela.”*²⁰

A partir da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou o direito de propriedade em expressão parelha ao *dominium* dos romanos. No art. 2º, previu que *“a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência”*. No art. 17º expôs: *“como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”*²¹

O Código de Napoleão (1804) foi nesse sentido o repositório jurídico, mediante o qual o direito de propriedade alcançou sua consagração legislativa definitiva. O *Code de Napoléon* definiu a propriedade na sua vertente individual contemporânea, ao reunir de forma concreta os poderes inerentes ao domínio (usar, gozar, dispor, reaver e

²⁰ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. www.xr.pro.br/ÍF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_Governo.pdf. Acesso em 11.07.2014.

²¹ Note-se que *“mesmo nos períodos em que a propriedade era vista como um direito ‘sagrado’ e ‘inviolável’ do cidadão já se admitia a possibilidade de o Estado levar a efeito sacrifícios sobre ela, desde que condicionados por uma evidente necessidade pública e mediante o pagamento de justa e prévia indenização”* (MOREIRA, Egon Bockmann; Guimarães, Bernardo Strobil. *A Desapropriação no Estado Democrático de Direito*. In. ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo de seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 597).

ser exclusivo ²²), adquirindo a propriedade status de direito civil, sem prejuízo dos limites impostos pela lei.

Jean Jacques Rousseau já antevira essa necessidade de compatibilização do exercício do direito de propriedade com os direitos da comunidade, sintetizados pela lei, quando no Capítulo IX do Contrato Social, afirmou que “o direito de cada particular sobre sua parte do solo está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre o todo, sem o que não haveria laço social nem força real no exercício da soberania”.²³

Aos poucos, portanto, a propriedade “pura”, meramente individualista, restou afetada por crescentes restrições impostas pelo Estado, restrições estas fundamentadas na noção de domínio eminente e na superioridade dos direitos da sociedade sobre os do particular, assumindo, portanto, também um conteúdo social.²⁴

Essa ‘socialização’ da propriedade privada capitalista não deixou de ser uma evolução, que permitiu emplacar respostas aos socialistas, que chegaram a qualificá-la como um ‘roubo’ (Proudhon)²⁵. Marx e Engels, no seu Manifesto Comunista de 1848, proclamaram que, a bem da igualdade material entre os homens, seria necessário ‘abolir a propriedade privada’, mais precisamente a ‘propriedade dos meios de produção’.²⁶

Entretanto, as influências mais expressivas e efetivas no movimento (capitalista) de ‘socialização’ do direito de propriedade privada vieram

²² OLIVEIRA, Alvaro Borges. A função (f(x)) do Direito das Coisas. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v.11, n. 01. 2006. p. 10. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/425/367>. Acesso em 24.03.2015.

²³ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contract Social*. Disponível em: www.dominio-publico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf. Acesso em 03.07.2014.

²⁴ ARAÚJO, Edimir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1124.

²⁵ PROUDHON, Joshep Pierre. *Qu'est-ce que la Propriété?* Disponível em: <http://anarquista.net/wp-content/uploads/2013/08/a-propriedade-e-um-roubo-proudhon.pdf>. Acesso em 15.03.2016. Nas palavras de Proudhon: “Eu afirmo que nem o trabalho, nem a ocupação e nem a lei podem criar a propriedade; que ela é um efeito sem causa: sou repreensível? Quantas queixas se levantam! – A propriedade é um roubo!”.

²⁶ GILLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed., Trad. Antônio Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 635.

ao final do Século XIX e início do Século XX, nas encíclicas *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891)²⁷ e na doutrina de Léon Duguit: “*la idea de la solidaridad social, por encima de circunstancias espacio-temporales, es una aproximación que de uma o outra manera, con más o menos intensidad, está esculpida com letras de oro en el alma, en la esencia del entero sistema del Derecho Administrativo.*”²⁸

A primeira dessas manifestações, a da Igreja Católica, defendeu veementemente a propriedade privada, reconhecendo-lhe um papel social e de estabilização das relações de trabalho. A segunda, a de Duguit, demonstrou que o direito de propriedade só estaria protegido à medida que o indivíduo cultivasse a terra ou se não permitisse a ruína de sua morada (funcionalização da propriedade), sem o que estaria legitimada a intervenção do Estado para o cumprimento de sua função social.

Nesse quadro, o direito de propriedade transmudou-se de direito subjetivo do proprietário para um tipo de ‘direito funcionalizado’, comprometido também com a função social da riqueza econômica que naturalmente expressa.²⁹

A influência dos pensamentos destacados já se fez sentir logo nas Constituições símbolo do início do Estado Social de Direito, a Constituição Mexicana de 1917 (art. 27) e a Constituição Alemã de 1919

²⁷ A doutrina social da Igreja Católica é apontada pelos estudiosos como fonte de inspiração para noção jurídica da função social da propriedade. Para além da já citada encíclica *Rerum Novarum* (1891), também as Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXII (1961), *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI (1967), e *Centesimus Annus*, do Papa São João Paulo II (1991) se dedicaram, direta ou indiretamente, a consagrar a propriedade privada como direito fundamental, porém submetido às limitações impostas pela função social.

²⁸ MUÑOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Sobre las Transformaciones del Derecho Público de León Duguit. In. *Revista Interesse Público*. Ano 16. n. 84. abr./mar., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 150.

²⁹ Nas palavras de Duguit: “*la propiedad no es um derecho; es una function social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o déjà arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legitima para obligarle a cumplir su función de propietario, que consiste en asegurar el ejemplo de las riquezas que posee conforme a su destino.*” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 178-179).

(art. 153). A disposição desta última revelava, a um só tempo, o direito e o dever do proprietário de, no exercício do seu domínio, simultaneamente atender a si e ao bem comum, afinal: “a propriedade obriga”.³⁰

Bem de ver, portanto, que o princípio da função social da propriedade e sua consagração no texto das constituições do Estado Social de Direito “*vai além do ensinamento da Igreja, segundo o qual ‘sobre toda a propriedade particular pesa uma hipoteca social, mas tendente a uma simples vinculação obrigacional. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la’*”.³¹

A função social da propriedade, já como ideário jurídico, restou refletida em alguns textos constitucionais ocidentais que adotaram o modelo do Estado Social de Direito (v.g., Itália, Espanha). Num segundo grupo, conquanto sem menção específica, o direito de propriedade comparece consagrado como direito fundamental – e a possibilidade de desapropriação, mercê das necessidades da sociedade, de igual modo se fez presente: França (1946), Portugal (1976).

No Brasil, a primeira Constituição a expressamente tratar da função social da propriedade foi a de 1967, embora o sentido socializante já constasse desde a Constituição de 1934.³² Pontes de Miranda

³⁰ A disposição constitucional weimariana (art. 153) proclamava que: ‘a propriedade obriga, e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função social’. Nos dizeres de Gustav Radbruch, ‘a propriedade privada aparece já hoje como um campo de ação livre, confiado pela coletividade à iniciativa privada do indivíduo, mas confiado somente na expectativa de que este faça dela um uso social, sob pena de lhe ser retirada, se esta expectativa se não verificar.’ (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Desapropriação para fins de reforma agrária. In. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, maio, 2002, citado por FERNANDES, Flávia Maria Leite. Intervenção do Estado na Propriedade. In. MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta (Coord.). *Curso Prático de Direito Administrativo*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 911.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 285.

³² “A inovação significativa contida no Texto de 1934 é a afirmação de que o direito de propriedade está condicionada a observar pautas sociais, não podendo ser gerido apenas e tão somente em função das pretensões econômicas do seu titular. Segundo prescreve esta Constituição, o direito de propriedade não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que traduz compromisso com a ideia de que tal direito é afetado a interesses outros que não apenas o proprietário. Trata-se do ‘princípio da função social da propriedade’, oriundo do art. 153 da Constituição de Weimar – que celebrou a máxima ‘a propriedade obriga’.” (MOREIRA, Egon Bockman;

comentou a disposição constitucional de 1967/1969, asseverando que *“a propriedade tem passado, desde o terceiro decênio do século, por transformação profunda, à qual ainda não se habituaram os juristas, propensos à consulta do Código Civil, em se tratando do direito de propriedade.”*³³

A Constituição da República de 1988 também tratou da função social da propriedade com a relevância que a história lhe reservou. Vários dispositivos se encarregaram de explicitamente positivar o princípio da função social da propriedade, como se pode verificar dos artigos 5º, XXI e XXII, 170, *caput*, 182, 184, 186.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o Código Civil do Brasil prevê atualmente, no art. 1228, que *“o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”*, ao mesmo tempo em que o § 1º estabelece que *“o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”*

Independente de toda essa narrativa histórica, convém advertir – especialmente em tempos de um velado retorno às ‘razões de Estado’ (disfarçadas muitas vezes de um suposto ‘interesse público’, que justifica ações autoritárias do Estado) –, que *“a propriedade de que se cogita o texto da Lei Maior abarca todos os bens patrimoniais e, a um só tempo, todos os interesses que lhe são intrínsecos e correlatos. Se, no século XIX, a proteção da propriedade focava, sobretudo, o domínio das coisas (Sacheigentums), hoje alcança todos os ‘direitos de valor patrimonial privado’ (alle privatrechtlichen vermögenswerten Recht). A garantia da propriedade desenhada pela Constituição é, sem margem de hesitação, a mais ampla, abrangendo não só o domínio*

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Desapropriação no Estado Democrático de Direito. In. ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo de seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 600).

³³ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 397.

em sentido estrito, mas, também, todos os direitos patrimoniais, de modo que havendo lesão, nenhuma parcela constitutiva do domínio pode ser alijada do resguardo constitucional”.³⁴

Dentro dessa perspectiva, quando o genuíno interesse público (que se vislumbra como direito da sociedade e não do Estado) houver de prevalecer sobre o interesse privado (direito de propriedade), a proteção constitucional da propriedade “*converte-se em garantia do valor da propriedade (eigentumswertgarantie), de modo que o dever de indenizar assume a exata dimensão de mínimo denominador comum do direito fundamental à propriedade*.”³⁵

E é justamente em torno da definição desse valor compensatório da perda da propriedade na expropriação, que se instalam, tanto no Brasil quanto em Portugal, significativas controvérsias jurídicas. O uso indevido e arbitrário da competência expropriatória deve ser repudiado em todos os seus matizes, ainda quando se possa alinhar às finalidades estatais perseguidas, porém sem se conciliar com os direitos fundamentais do proprietário.

Bem verdade que o desenho legislativo do processo expropriatório em Portugal (Lei 168/99) é infinitamente mais consentâneo com a perspectiva garantista da Constituição Lusitana do que o desenho legislativo brasileiro. A legislação brasileira, no que concerne à desapropriação, ainda se sustenta num estilo autoritário e monológico de Administração Pública, que não mais se compraz com a principiologia desenvolvida pelo Direito Administrativo mundial, fundamentalmente a partir das cartas democráticas da segunda metade do século XX.

Existe, com efeito, uma relação jurídica protegida pelo ordenamento constitucional (também no ordenamento comunitário e no internacional) que obriga os Estados à revisitação das práticas administrativas estabelecidas, em ordem a assegurar a fundamentalidade do direito de propriedade ou do seu correspondente indenizatório quando em jogo a força expropriatória estatal. E isso se passa, obrigatoriamente, sob a incidência dos princípios jurídicos do devido processo legal (= contraditório e ampla defesa) e da consensualidade.

³⁴ PASQUALINI, Alexandre. *Op. cit.*, p. 215.

³⁵ PASQUALINI, Alexandre. *Op. cit.*, p. 215.

É que a exteriorização da atividade administrativa em diversos domínios, incluído o da expropriação, não mais há de ser vista como produto de uma vontade imediata e autorreferida da autoridade competente (ato administrativo clássico), mas fruto de uma sucessão de acontecimentos fáticos e jurídicos, que apontam o caminho a ser trilhado (por dita autoridade) na realização do Direito.

Daí a relevância e a atualidade da quase cinquentenária assertiva de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, para quem o estudo e a crítica ao instituto da desapropriação permitiria sempre “*descobrir as faces outras e novas da desapropriação, ainda não devidamente conhecidas*”.³⁶

3. Expropriação e Administração Dialógica: do ato ao procedimento administrativo e às relações jurídicas subjacentes

No título anterior, discorreu-se sobre o conceito de propriedade e seu percurso histórico, incluído o seu reconhecimento, a partir do liberalismo, como direito fundamental do homem. Paralelamente, restou demonstrado que a prerrogativa expropriatória do Estado é compatível com a fundamentalidade desse direito – e que a ferramenta para essa compatibilização é a justa indenização.³⁷

O entendimento da doutrina tradicional (focada nos conceitos clássicos do Direito Administrativo) compreende que a desapropriação é típico ato administrativo, cujo objeto é o despojamento da propriedade particular pelo Poder Público, fundado em razões de interesse público, mediante justa contrapartida indenizatória.

Não se vê nessa linha conceitual clássica, malgrado a justeza exigida pela indenização correspondente ao sacrifício do particular, maiores preocupações com a perspectiva procedimental do exercício da função administrativa na desapropriação, tampouco com a perspectiva

³⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2 ed., São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.

³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 210.

do Direito Administrativo por princípios inerentes à Administração Pública do final do século XX e início do século XXI.

Em outras palavras, nesta perspectiva tradicional, o ato administrativo expropriatório é visto como “*manifestação da Administração autoritária e soberana que determina o que deve valer como direito para o súdito*” (Otto Mayer), “*espécie de ‘flor de estufa’ da dogmática administrativa clássica*” (Vasco Pereira) –, alinhando-se ao núcleo central do Direito Administrativo do Século XIX, sob a égide do qual a tarefa de administrar era visualizada como atividade de aplicação oficiosa e mecânica da lei.³⁸

Na quadra atual, entretanto – e esta é a proposta deste ensaio – é inviável deixar de reconhecer que o Direito Administrativo sofreu (e continua a sofrer) significativos influxos da virada conceitual da Teoria Geral do Direito, ampliando intensamente seu leque de cognição e aplicabilidade.

O pano de frente desse movimento reside na afirmação da força normativa dos princípios jurídicos, que deixam de ser concebidos como válvulas de segurança, de aplicação apenas subsidiária à lei (perspectiva positivista), para assumir postura de normatividade constitucional primária e cogente, com status semelhantes ao da lei (perspectiva pós-positivista).³⁹

³⁸ SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 69-70.

³⁹ Porém, no final do século XX, o estudo do Direito já não se contenta mais com os limites cognitivos da corrente positivista. Nesse contexto, o pós-positivismo mantém deferência ao ordenamento positivo, modificado pela inserção de pensamentos de justiça e de legitimidade, promovendo um resgate dos valores, uma reproximação entre Direito e ética, fundamentalmente pela sua positivação através do reconhecimento da normatividade primária dos princípios jurídicos. Os princípios passaram então a exercer papel de verdadeiros vetores axiológicos das sociedades emergentes do pós-guerra “cujos valores passaram a incorporar os textos constitucionais vindouros.” (FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da Teoria à Crítica do Princípio da Proporcionalidade – Uma Visão com Base nas Doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictium, 2009, p. 45). As Constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX, entre elas a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988, “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos

Os princípios jurídicos apresentam-se neste contexto como normas gerais de eficácia e aplicabilidade imediatas, que, para além de expressarem de *per se* comandos normativos compulsórios, continuam a orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional: “*a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional*”⁴⁰

É com esse objetivo reinterpretaivo que se propõe a releitura do tema das expropriações no Brasil e em Portugal, sob viés de garantir, processual e materialmente, o direito fundamental à propriedade, sem despir de utilidade prática a ferramenta de transferência compulsória de bens particulares ao domínio público, sempre que necessário.

A empreitada impõe a aceitação de mudanças no eixo metodológico do Direito Administrativo, fundamentalmente pela sua evolução de sentido, inaugurada na Itália – com os estudos sobre a processualidade administrativa –⁴¹ e na Alemanha – com a teoria das relações jurídicas substantivas⁴², aliadas à paulatina imbricação dos sistemas do *common law* e do *rule of law*, a partir da segunda metade do Século XX.⁴³

novos sistemas constitucionais.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264).

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, março/abril/maio, 2007, p. 20.

⁴¹ Convém acentuar que referida perspectiva procedimental é partidária da evolução do procedimento como elemento inerente ao exercício legítimo dos poderes do Estado, evolução esta que ganha impulso definitivo com a contribuição do italiano Feliciano Benvenuti (BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In. *Revista Trimestrale de Diritto Pubbliche*, 1952, p. 118 ss.). Em sua tese defendida nos anos 50 do Século XX, Benvenuti demonstrou a existência da processualidade ampla, afeta ao exercício das três funções estatais (Legislação, Administração e Jurisdição). O procedimento seria, então, a manifestação sensível das funções estatais que levam à edição de um ato final (denominado provimento).

⁴² SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996. Ver, ainda, MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

⁴³ SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

Nesse particular, é imprescindível consultar o conjunto da obra do português Vasco Manuel Dias Pereira da Silva. Os excertos do professor lusitano demonstram a passagem do ato administrativo às relações jurídicas subjacentes e ao procedimento respectivo como conceitos essenciais à compreensão democrática do exercício da atividade administrativa.

Para ele, o ato administrativo “*é apenas uma fotografia instantânea que representa relações (jurídicas) em movimento, porque ele fundamenta, cria ou põe termo a uma relação jurídica, e porque esta relação jurídica é muito mais importante e interessante que o ato administrativo para uma reflexão jurídico-material*”⁴⁴

Reconhece-se, sob influência de tal perspectiva, que a atuação da Administração Pública (como Poder Administrativo do Estado) deve ser obrigatoriamente desempenhada num esquema processual, assegurando aos particulares atingidos pelas medidas administrativas, o direito de postulação perante órgãos e entidades administrativos na defesa de seus direitos e contra os abusos de poder (ver: art. 5º, XXXIV, “a” da CRB/88 e art. 52º da CP/76).^{45/45}

⁴⁴ BACHOF, Otto. apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 119.

⁴⁵ **Artigo 52. Direito de petição e direito de acção popular**

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Para tanto, é imprescindível abandonar a visão desse esquema processual como restrito ao âmbito jurisdicional, espécie de resquício da visão privatística do processo

Bem por isso, Mário Nigro consagra o procedimento administrativo “*como estrutura de ligação entre vários sujeitos, públicos e privados, que colaboram na realização de uma determinada função, e não como uma forma de exercício de um poder (potestà) em desenvolvimento*”. Em suas palavras, o procedimento administrativo é uma “*espécie de ‘condomínio’, onde particulares e autoridades administrativas se tornam ‘cúmplices’ da realização das tarefas administrativas.*”⁴⁷

Deveras, a garantia do devido processo legal administrativo exige a participação dos interessados na construção procedimental do ato administrativo com a disposição e a aptidão para influenciar na sua formação e, como conseqüência, na concretização do Poder Administrativo.⁴⁸

que predominou até meados do século XIX (ocasião em que o Direito Administrativo ensaiava seus primeiros passos). Comprova esta assertiva a existência de inúmeros Códigos de Procedimento Administrativo em países como Portugal e Espanha. No Brasil, destaca-se a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁴⁶ Conforme anota Odete Medauar: “Neste século, a partir do final dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação de uma processualidade ligada ao exercício dos três principais poderes estatais. Às manifestações episódicas deste período seguiu-se, nas décadas de 50 e 60, um aumento expressivo dos estudos a respeito, culminando, nos anos 70 e 80, numa convergência de processualistas e administrativistas em torno da afirmação do esquema processual relativo aos poderes estatais, sobretudo. (...) Essa postura denota evolução nas concepções de processualistas e administrativistas, tendo como ponto referencial comum os dados do contexto sócio-político das últimas décadas deste século e a busca de novas chaves metodológicas, adequadas a esse contexto e ao melhor exercício dos poderes estatais que o Direito processual e o Direito administrativo disciplinam (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14-15).

⁴⁷ NIGRO, Mário. apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 303-304.

⁴⁸ Também aqui neste ponto, verifica-se na cena mundial a expressão de um movimento de contratualização das relações administrativas, a abarcar tanto a formas de Administração concertada ou consensual (que mais ampla se manifesta na procura do consenso, mesmo quando são utilizadas formas administrativas unilaterais, quanto no uso de expedientes e experiências que revelam a Administração contratual, em que os poderes públicos são um objeto passível de negociação. É dizer a Administração consensual abrange processos dialógicos de construção do ato unilateral e processos dialógicos de solução contratual. Ver, nesse sentido (GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo (a instituição contratual como forma de actuação da Administração*

Essas constatações revelam, ao propósito do tema aqui desenvolvido, a obrigatoriedade de se reconhecer, sobre tratar-se a expropriação de procedimento administrativo típico: (a) obrigatoriedade de participação dos expropriados (ainda na esfera administrativa); (b) o uso lícito de todos os meios de ampla defesa no curso deste procedimento.

No Brasil, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição determina que ninguém será privado de seus bens (e de sua liberdade) sem o devido processo legal e o inciso LV, em acréscimo, prescreve que aos litigantes no processo administrativo (devido processo legal administrativo), à semelhança dos processos judiciais, deve ser assegurada a ampla defesa e o contraditório com os meios e recursos a ela inerentes.⁴⁹

O significado dessas disposições implica permitir que, diante de qualquer atuação administrativa em que potencialmente haja risco de privação de bens do patrimônio particular (como é o caso da expropriação), deve-se garantir ao cidadão proprietário, independente de previsão legal, a oportunidade do exercício do contraditório e da ampla defesa ainda na esfera administrativa e antes que a controvérsia subjacente deságüe na esfera judicial.

De igual modo, a Constituição Portuguesa estabelece, no art. 268, n. 4,⁵⁰ que é garantido aos administrados o direito à impugnação de

Pública), *Cadernos Administrativos de Macau*. Macau: Direção dos Serviços de Administração e Função Pública, 1997); NABAIS, Casalta. *Contratos Fiscais* (Reflexões acerca da sua admissibilidade), Coimbra: Studia Iuridica 5, 2003. BARBOSA MELO, Antônio. A Ideia de contrato como centro do Universo Jurídico-Público. In. *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, 2008, p. 7-21). Todas as obras são referidas por ALVES CORREIA, Jorge Andre. *Contratos Urbanísticos: concertação, contratação e neocontratualização no Direito do Urbanismo*, Coimbra: Almedina, 2009, p 15-22.

⁴⁹ Os dispositivos citados da Constituição Brasileira apresentam a seguinte redação: Art. 5º [...]: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁵⁰ **Artigo 268.º – Direitos e garantias dos administrados:**

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

quaisquer atos administrativos que os lesem, independente de sua forma, bem como a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas adequadas.

Como se vê, em ambos os países a postulação dos particulares na esfera administrativa é constitucionalmente garantida, demonstrando a aptidão de que as estruturas estatais venham a dialogar juridicamente com os particulares (embora no Brasil isto não seja *modus operandi* comum), sempre que a estes lhes seja útil defender direitos fundamentais – entre eles o direito à propriedade – em face do exercício do Poder do Estado.

É a partir dessas disposições constitucionais, consagradoras do direito de petição e do devido processo legal na esfera administrativa (com os corolários princípios do contraditório e da ampla defesa), propiciadoras da concepção de Administração Pública dialógica, participativa e democrática, que se deve promover a releitura da legislação expropriatória no Brasil e em Portugal, em ordem a interpretar os procedimentos expropriatórios em conformidade com as respectivas Constituições.⁵¹

3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

4. É garantido aos administrados tutela jurisdiccional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

6. Para efeitos dos n. 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração.

⁵¹ E nessa linha de desenvolvimento, adiante-se que a legislação portuguesa apresenta-se bem mais moderna e menos autoritária do que a brasileira. No âmbito do Supremo Tribunal Federal do Brasil, por exemplo, há precedente que continua a valorizar mais os aspectos formais do processo administrativo do que propriamente a sua substância e a obrigatoriedade da processualização da etapa administrativa da expropriação, *verbis*: “Daí se tira logo, em primeiro lugar, que, por ser válida, deve a comunicação ser escrita (a), prévia ao início dos trabalhos (b) e recebida pelo proprietário, preposto ou representante (c). E, em segundo lugar, que tais requisitos compõem, como elementos essenciais, a estrutura do justo processo da lei (*due pro-*

3.1. *Expropriação ordinária brasileira: do autoritarismo à ‘dissentão democrática’: proposta de interpretação conforme a Constituição de 1988*

No Brasil, a desapropriação por utilidade pública corresponde à figura mais ampla e geral de expropriação, trazendo disposições sobre o procedimento administrativo e o processo judicial. É tratada pelo art. 5º, XXIV da Constituição, regulamentado, no particular, pelo Decreto Lei 3.365/41 (recepcionado pela nova ordem constitucional).⁵²

O Decreto Lei 3.365/41 foi expedido num contexto político autoritário e intervencionista (Estado Novo), dotando a Administração Pública de poderes expropriatórios largos, insindacáveis pelo Poder Judiciário e oponíveis, sem prévia oitiva e sem direito de impugnação na via administrativa, aos administrados proprietários.

O procedimento expropriatório no Decreto Lei 3.365/41 é dividido em duas fases: (a) fase declaratória; (b) fase executiva. A primeira inicia-se com a declaração de utilidade pública do bem objeto da expropriação. A segunda envolve as providências que concretizam a transferência compulsória do bem, subdividindo-se, sucessivamente, em etapa administrativa (desapropriação amigável) e etapa judicial (desapropriação forçada).

A fase declaratória anuncia publicamente a expropriação do bem, embora não implique intervenção concreta e profunda no direito de

cess of law), a cuja rigorosa observância, em resguardo de direito fundamental, a Constituição da República submete a licitude de todo ato que importe subtração de qualquer bem jurídico ao cidadão (art 5º, LIV e LV). (...) Não surpreende, portanto, tenha esta Corte adotado firme postura, no sentido de que a severa obediência a tais requisitos constitui objeto de *direito processual fundamental do cidadão*, reconhecendo ser nulo, por conseguinte, o decreto expropriatório, quando o proprietário não tenha sido notificado antes da diligência, senão no dia em que esta teve início, ou quando a notificação, posto que prévia, não lhe haja sido entregue pessoalmente, nem a preposto ou representante seu". (MS 24.130-6, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 112, divulg. 19/06/2008, publ. 20/06/2008).

⁵² As demais hipóteses de desapropriação previstas no Brasil são: (a) desapropriação ordinária por interesse social (Lei 4.132/64); (b) desapropriação para fins de reforma agrária (Lei 8.629/1993); (c) desapropriação para fins de reforma urbana (Lei 10.257/2001); (d) desapropriação-confisco (art. 243 da CF/88).

propriedade, pois a declaração só por si não é bastante à transferência do domínio. Já a fase executória “*compreende os atos pelos quais o Poder Público promove a desapropriação, ou seja, adota as medidas necessárias à efetivação da desapropriação, pela integração do bem no patrimônio público*”⁵³.

A fase declaratória é de competência das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) e das entidades administrativas legalmente autorizadas (v.g., Agências Reguladoras); a fase executória compete às entidades políticas e administrativas, como também, uma vez prevista na lei ou no contrato, aos concessionários, permissionários, autorizatários e arrendatários, entidades com poderes delegados e outros contratados pelo Poder Público (arts. 2º e 6º, DL 3.365/41).

A etapa administrativa da fase executória caracteriza-se por uma tímida e incipiente busca da aceitação do preço ofertado pelo expropriado (art. 10, DL 3.365/41), podendo dar origem a um acordo entre as partes (desapropriação amigável), que ultimarà a desapropriação sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Se este acordo não se efetivar, entretanto, o expropriante promoverá o ajuizamento de ação judicial para efetivar a expropriação (arts. 3º e 10º, DL 3.365/41).

Este acordo entre as partes caracteriza o que ordinariamente se intitula “desapropriação amigável.” Murilo Melo Vale entende que a “desapropriação amigável” não encerra propriamente um tipo de desapropriação. A concordância quanto ao valor ofertado – que representa o elemento volitivo envolvido – caracterizaria um negócio jurídico bilateral, inexistindo, neste caso, imperatividade e unilateralidade, atributos típicos dos atos administrativos. Para ele a desapropriação amigável segue a tendência de “contratualização” das relações administrativas.⁵⁴

Com argumentação convincente, Onofre Alves Batista Júnior qualifica a desapropriação amigável como “ato administrativo contratualizado”, adotado na fase administrativa para produzir a convergência

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 160.

⁵⁴ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo dos Bens e Restrições Estatais*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 447.

entre as partes interessadas. A medida, como um contrato administrativo alternativo, assume natureza jurídica de transação administrativa – medida substitutiva da decisão unilateral, todavia com espectro reduzido de possibilidades no acordo, eis que o objeto transacionável é exclusivamente o valor da indenização.⁵⁵

Mesmo reconhecendo os esforços no sentido da valorização da figura da “desapropriação amigável” nos excertos doutrinários acima, não se vê, a despeito da potencialidade da concordância relativamente ao preço da expropriação na esfera administrativa, plenamente homenageada a perspectiva procedimental e dialógica da Administração Pública.

De fato, no Brasil, a amplitude e as possibilidades de diálogo entre expropriante e expropriado na esfera administrativa da desapropriação sempre foram menosprezadas na prática administrativa, ao ponto de se sustentar que a fase administrativa revelava mera liberalidade da Administração Pública.⁵⁶

Em contraposição ao *status quo*, a argumentação que aqui se desenvolve alinha-se no sentido da imprescindibilidade de observância pela Administração Pública dos princípios do contraditório e da ampla defesa, já na fase administrativa do procedimento expropriatório, o que potencializa a capacidade de construção do consenso. E, na verdade, o que se denomina no Brasil como desapropriação amigável é uma das formas por excelência da Administração contratual, como resultado do alargamento da técnica contratual para gestão da atividade administrativa.⁵⁷

⁵⁵ BATISTA Junior, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 328.

⁵⁶ Uma visão crítica a respeito pode ser conferida em BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Consensualidade e Justo Preço nas Desapropriações: Novos Parâmetros à Luz do Direito Administrativo Contemporâneo*. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%8DZIA-FERREIRA-BAPTISTA.pdf>. Acesso em: 31.08.2015.

⁵⁷ Em passagem de extrema felicidade, Alves Correia sintetiza: “A expansão do consenso na ação administrativa e o crescente recurso a figuras contratuais como *modus agendi* disciplinador de relações jurídico-públicas são expressão do ‘código-fonte’ do Direito Administrativo recente, desvelando no seu DNA *iuris* um novo genoma dogmático.” (ALVES CORREIA, Jorge André. *Contratos Urbanísticos: con-*

Na visão clássica do Direito Administrativo, fundamentada no ato administrativo, da decorrência direta do devido processo legal não se revela a obrigatoriedade de se garantir ao particular afetado pela expropriação o acesso à arena administrativa do debate democrático. Dita orientação, que ainda é dominante no Brasil, permanece como partidária da perspectiva autoritária, unilateral e monológica da atividade da Administração Pública, bem ao estilo das regras e da tradição do Decreto Lei 3.365/41 e contrária aos desígnios típicos da noção de democracia participativa e de consensualidade.

Não se aperceberam os defensores dessa posição que é na fase administrativa da expropriação, com efeito, que os interessados (expropriante e expropriado) são chamados a atuar para sustentação de suas respectivas posições jurídico-substantivas. Trata-se do reconhecimento da vertente procedimental e dialógica dos direitos subjetivos no âmbito da expropriação, que permite fundamentalmente aos privados compartilhar ativamente do processo decisório da Administração Pública.⁵⁸

Com tal medida, assegura-se ao participar a oportunidade – e o direito – de contribuir para a formação do consenso acerca da legitimidade do procedimento expropriatório e do valor da indenização, afinal, “*somente por meio de atuações consensuais e concertadas da Administração Pública conseguir-se-á despertar o desejo de colaboração dos particulares.*”⁵⁹

Com efeito, mediante uma exegese procedimental do art. 10 do Decreto Lei 3.365/41, em conformidade com a Constituição Brasileira (art. 5º, LIV e LV), compatibiliza-se a autoridade da expropriação com a riqueza da cláusula *due process of law*, para: (a) permitir maior aproximação entre a Administração Pública e os cidadãos; (b) assegurar o respeito ao princípio constitucional do contraditório na fase administrativa da expropriação; (c) estabelecer mecanismo típico de administração dialógica; (d) fortalecer a legitimidade da decisão estatal expropriatória; (e) promover a adequada compatibilização entre

certação, contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15.

⁵⁸ SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 161-162.

⁵⁹ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 448.

interesse público (direitos da sociedade) e interesse privado (direitos do particular). A isso denomino ‘distensão democrática’ do processo administrativo expropriatório.

Note-se que mesmo não existindo previsão específica no Decreto Lei 3.365/41 compreende-se como possível e cogente a aplicação subsidiária da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) – ou de leis locais de processo administrativo nos Estados e Municípios brasileiros – aos processos administrativos expropriatórios, viabilizando a anunciada ‘distensão democrática’.

No Direito Português, como se verá na sequência, a fase administrativa prévia à expropriação já se encontra valorizada em certa medida para possibilitar exatamente a construção dialógica do consenso em torno do justo preço da indenização. Contam também os portugueses com a previsão de arbitragem aplicável à expropriação, o que de certa forma, mesmo reconhecendo as deficiências do procedimento arbitral, revela avanço em relação ao Direito brasileiro.

3.2. Expropriação ordinária no Direito Português – Lei nº 168/99: valorização do procedimento administrativo e do consenso

Em Portugal, a Lei 168/99, de 18 de setembro, regula o processo de expropriação por utilidade pública e objetiva atender a um interesse da comunidade. Nela figuram como expropriantes o Estado Português ou as Autarquias locais.

A exemplo do Brasil, o processo expropriatório português depende de um ato administrativo de declaração de utilidade pública que especifique a finalidade concreta da expropriação e descreva o bem que constitui seu objeto.⁶⁰

São passíveis de desapropriação os bens imóveis e todos os direitos reais que incidem sobre estes imóveis (art. 1º), silenciando-se o legislador quanto à possibilidade de desapropriação de bens móveis,

⁶⁰ FERREIRA, Líliliana Seixas. *A Expropriação como Limitação ao Direito de Propriedade Privada*. Disponível em www.cije.up.pt/download-file/202. Acesso em 18.09.2015.

direitos e ações. São desapropriáveis, ainda, direitos como o usufruto (art. 1476º e segs. do Código Civil português, em especial o art. 1480º/2) e o arrendamento (art. 1022º e segs. do CC, em especial o art. 1051º/f; art. 30º do Código de Expropriações; DL nº 294/2009, de 13 de outubro)⁶¹.

O procedimento administrativo em Portugal também ocorre em etapas: a primeira, administrativa, caracterizadora da expropriação, só é passível de supressão excepcionalmente nos casos de expropriação urgentíssima (art. 16º, Lei 168/99); e a segunda, judicial, que somente tem lugar quando não haja acordo entre expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização.

A Lei 168/99 prevê uma “procedimentalização mais deliberativa”, com a participação do particular em fase anterior à expedição da declaração de utilidade pública: o procedimento desapropriatório tem início por meio da Resolução de Expropriar, descrita no art. 10º da referida lei.⁶²

A Resolução será notificada aos expropriados e interessados com proposta de aquisição por via do direito privado (art. 11º, Lei 168/99), somente dispensável nos casos de desapropriação urgente ou nas situações em que a aquisição por esta via se apresenta como jurídica ou materialmente impossíveis (art. 15º, Lei 168/99).

Maria Elisabete Almeida Rocha sustenta que essa aquisição pela via do direito privado (que em muito se assemelha à ‘desapropriação amigável’ do direito brasileiro) não pode ser totalmente caracterizada como um contrato de direito privado pela existência de atributos próprios dos atos administrativos.⁶³ Trata-se, naturalmente, de um

⁶¹ PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Código das Expropriações*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 18.

⁶² A Resolução de Expropriar deve ser fundamentada os seguintes requisitos previstos no art. 10º, nº 1 da Lei 168/99: a) a causa de utilidade pública a prosseguir e a norma habilitante; b) os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados conhecidos; c) a previsão do montante dos encargos a suportar com a expropriação; d) o previsto em instrumento de gestão territorial para os imóveis a expropriar e para a zona da sua localização.

⁶³ ROCHA, Maria Elisabete Almeida. *Expropriações por Utilidade Pública: o procedimento expropriativo*. Disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/elisabeterocha_expropriacoes-procedimento.pdf. Acesso em 11.01.2016, p. 15.

contrato de compra e venda (como no Brasil), porém sujeito a determinadas formalidades legais pelo fato de integrar o processo administrativo expropriatório.

Neste curso, o bem deve ser avaliado por perito oficial (art. 10º, nº 4, Lei 168/99) e o proprietário tem o direito de oferecer contraproposta de preço (art. 11, nº 5, Lei 168/99) no prazo legal de 20 dias (a partir da recepção da proposta) ou de 30 dias (contados da publicação da proposta em edital). Somente na hipótese de recusa expressa ou tácita do proprietário é que terá sequência o processo administrativo com o requerimento de declaração de utilidade pública (art. 11º, nº 6, Lei 168/99).

Quando a contraproposta é apresentada pelo particular e não é rejeitada pelo Poder Público, inicia-se uma etapa de negociação direta entre as partes, que podem entabular consensualmente o preço. Esta fase, entretanto, poderá ser interrompida pela Administração Pública, nos casos em que ela, de boa-fé, entender que: (a) não é possível superar as divergências com o particular; (b) ficou comprovada que a conduta do proprietário é meramente protelatória; (c) frustrou-se a negociação com algum dos titulares cujo assentimento é juridicamente necessário para efetivar o contrato⁶⁴.

De se destacar que o antigo Código das Expropriações de Portugal de 1991 (Decreto Lei 438/91) previa no art. 14º a possibilidade de audiência prévia dos interessados antes da emissão da declaração de utilidade pública. O diploma vigente não manteve expressamente esta determinação, embora possa ela ser realizada, com fundamento no art. 121º do Código de Procedimento Administrativo (DL 4/2015⁶⁵).

⁶⁴ OLIVEIRA, Luís Perestrelo de. *Código das Expropriações*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 54-55.

⁶⁵ **Da audiência dos interessados:** Artigo 121º **Direito de audiência prévia** 1 – Sem prejuízo do disposto no artigo 124.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta. 2 – No exercício do direito de audiência, os interessados podem pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos. 3 – A realização da audiência suspende a contagem de prazos em todos os procedimentos administrativos.

Com efeito, considerando que a expropriação é um procedimento supressivo do direito fundamental à propriedade, essa audiência prévia assume relevância invulgar como corolário do exercício do direito de defesa ('distensão democrática'), afinal a Administração Pública portuguesa tem o dever de primar pelos princípios da igualdade e da proporcionalidade (arts. 6º e 7º do CPA).

A legislação ordinária de Portugal, como se vê, valoriza explicitamente o princípio do contraditório, mediante: (a) a necessidade de notificação prévia do expropriado; (b) a possibilidade de o particular ofertar contraproposta ao preço oferecido pela Administração; (c) a busca por uma decisão negociada e consensual do preço; (d) a possibilidade de audiência prévia.

Ultrapassada a etapa da Resolução Administrativa com todos os seus matizes, segue-se o ato de declaração de utilidade pública. Trata-se de ato administrativo (pertencente ao procedimento expropriatório) que reconhece que determinados bens são imprescindíveis para o atendimento de uma utilidade pública e cuja validade somente poderá ser impugnada no contencioso administrativo⁶⁶.

Após a publicação da declaração de utilidade pública, o expropriante deve apresentar a proposta com o valor de indenização a ser paga pelo bem do expropriado, que poderá aceitar ou rejeitar a proposta, ou ainda oferecer contraproposta sustentada por relatório pericial.

Caso não haja acordo sobre o valor da indenização ou recusa tácita da proposta pelo expropriado, o processo será remetido para arbitragem, com recurso posterior para os tribunais comuns. É a arbitragem, portanto, que dá início à expropriação litigiosa em Portugal. A arbitragem é forma de resolução extrajudicial de conflitos (com efeitos jurisdicionais de primeiro grau), que busca solução substitutiva da vontade das partes no processo expropriatório.

A competência para promoção da arbitragem é da entidade expropriante, mas há situações descritas na Lei 168/99 em que tal competência é transferida para o Poder Judiciário da comarca da situação

⁶⁶ PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Op. cit.*, p. 66. Trata-se aqui da impugnação do próprio ato expropriatório e não do preço da expropriação.

do bem objeto da expropriação (art. 42º, nº 2⁶⁷). A decisão arbitral no processo de expropriação é susceptível de formação de coisa julgada⁶⁸ sobre o valor da indenização.⁶⁹ Das decisões do tribunal arbitral cabe recurso aos tribunais do lugar da situação da coisa ou da maior extensão dela, com aplicação subsidiária do CPC.

De se verificar o quão interessante é a experiência portuguesa de aplicação da arbitragem ao processo expropriatório. Dita experiência serve de baliza para o processo expropriatório no Brasil, sobretudo porque com a edição da Lei 13.129, de 27 de maio de 2015, que alterou a Lei 9.307/96, a legislação brasileira passou a admitir que a Administração Pública direta e indireta possa se utilizar da arbitragem para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §§1º e 2º)⁷⁰. A arbitragem pode ser realizada na etapa administrativa

⁶⁷ **Artigo 42.º – Promoção da arbitragem** 1 – Compete à entidade expropriante, ainda que seja de direito privado, promover, perante si, a constituição e o funcionamento da arbitragem. 2 – As funções da entidade expropriante referidas no número anterior passam a caber ao juiz de direito da comarca do local da situação do bem ou da sua maior extensão em qualquer dos seguintes casos: a) Se for julgada procedente a reclamação referida no n.º 1 do artigo 54.º; b) Se o procedimento de expropriação sofrer atrasos não imputáveis ao expropriado ou aos demais interessados que, no seu conjunto, ultrapassem 90 dias, contados nos termos do artigo 279.º do Código Civil; c) Se a lei conferir ao interessado o direito de requerer a expropriação de bens próprios; d) Se a declaração de utilidade pública for renovada; e) Nos casos previstos nos artigos 15.º e 16.º; f) Os casos previstos nos artigos 92.º, 93.º e 94.º

⁶⁸ **Expropriação – Indemnização – Decisão arbitral – Decisão jurisdicional – Triplo grau de jurisdição – Recurso para o STJ – Admissibilidade**

I – Na tradição do nosso direito consagram-se apenas três graus de jurisdição (art.º 12 da Lei 38/87, de 13-12).

II – Havendo uma decisão arbitral, que a própria lei considera jurisdicional, os três graus de jurisdição esgotam-se na segunda instância.

III – O acórdão dos árbitros nos processos de expropriação constitui uma verdadeira decisão. Representa o resultado de um julgamento susceptível de recurso.

IV – O CExp, aprovado pelo DL 438/91, de 9-11, consagra a não admissibilidade de recurso para o STJ que tenha por objecto a decisão sobre a fixação do valor da indemnização devida.

03-07-1997 – Processo n.º 371/97 – 2.ª Secção – Mário Cancela (Relator)

⁶⁹ ROCHA, Maria Elisabete Almeida. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ A solução arbitral (substitutiva), bem como outras de índole consensual (conciliação, mediação) encontram-se fomentadas também pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105, de 16 de março de 2015). De acordo com o

do processo expropriatório (art. 10, DL 3.365/41), antes do ingresso com a ação judicial respectiva, ou no curso da ação, após a suspensão do processo deliberada consensualmente pelas partes.

Seria deveras um avanço se a Administração Pública brasileira evoluísse no sentido de submeter procedimentos de expropriação, quando não à “distensão democrática” do processo administrativo, pelo menos à arbitragem, demonstrando disposição de se submeter à solução justa e imparcial dos conflitos expropriativos.

E como se viu ao longo deste trabalho, sequer é necessária a alteração do texto do Decreto lei 3.365/41, bastando que haja uma interpretação conforme a Constituição, a fim de implementar, mercê dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a ‘distensão democrática’ do art. 10 do Decreto Lei 3.365/41.

3.3. Considerações sobre a indenização expropriatória no Brasil e Portugal: proposta para o equilíbrio entre autoridade e liberdade

O ponto nodal da expropriação tanto em Portugal quanto no Brasil – como, de resto, em qualquer parte do mundo – é a indenização ou a compensação indenizatória devida ao expropriado por conta da perda da propriedade. Os valores correspondentes devem ser capazes de deixar incólume o patrimônio e as expectativas de lucratividade inerentes à propriedade expropriada.

Bem de ver que as práticas administrativas em ambos os países não raramente destoam desse ideal indenizatório intrinsecamente garantido pelas Constituições (no tocante à indenização), reclamando, como consequência, provocação de instâncias internas e supraestatais, a fim de assegurar o direito fundamental de propriedade e a correspondente justa indenização.

art. 2º, §2º do CPC “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, além do que “é permitida a arbitragem, na forma da lei.” (art. 2º, §1º, CPC).

- *Portugal*

O art. 23º da Lei 168/99 regulamenta o conceito de justa indenização expropriatória na legislação portuguesa. Trata-se de determinação constitucional⁷¹, cujos contornos e critérios se encontram previstos no nº 1 do referido art. 23. Estas disposições traduzem a noção de plena ressarcibilidade em face da intervenção na esfera patrimonial do expropriado.

É por isso que a indenização não poderá ser inferior ao valor real e corrente do bem, de acordo com seu destino efetivo ou possível numa utilização econômica normal e contemporânea à data da publicação da declaração de utilidade pública.

A determinação do valor da indenização fixada pelo legislador deve seguir critérios orientados pelos princípios materiais da Constituição (igualdade e proporcionalidade), a fim de evitar a delimitação de indenizações irrisórias ou excessivamente abusivas em relação ao bem objeto de expropriação e seu conteúdo econômico.

O princípio da igualdade vai assegurar que particulares em posições similares recebam indenizações semelhantes, numa tentativa de uniformização do *quantum* indenizatório. O princípio da proporcionalidade assegurará que a perda da propriedade particular venha a ser condizente com o interesse público em questão, garantindo compensação adequada ao sacrifício suportado pelo particular⁷².

De se observar que a legislação portuguesa não estabelece que a indenização haverá de ser prévia (diferente do Brasil), mas nem por isso é sustentável a tese de que existe discricionariedade no seu adiamento. A justa indenização, como elemento componente do próprio ato expropriatório, comporta a dimensão tendencial da contemporaneidade⁷³, simplesmente porque indenização retardada no tempo dificilmente será justa!

⁷¹ Art. 62º, nº 2, Constituição da República Portuguesa: “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização”.

⁷² CALVÃO, Francisco; SILVA, Fernando Jorge. *Código das Expropriações. Anotações e Jurisprudência – Anotações Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, apud PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Op. cit.*, p. 100.

Verifica-se, portanto, que o direito positivo português é firme no sentido de vincular a Administração Pública ao atendimento dos princípios jurídicos fundamentais que compõem o ordenamento constitucional da indenização expropriatória. Entretanto, as práticas administrativas podem destoar do seu ideal normativo também em terras portuguesas.

Em recente decisão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) condenou o Estado português a pagar indenização a particulares que haviam sido expropriados e condenados em custas judiciais que superavam o valor da indenização (caso *Perdigão c. Portugal*⁷⁴). No acórdão – que tratou ainda do princípio da razoável duração do processo (o caso ficou pendente de julgamento por cerca de 14 anos no Tribunal de Oeiras em Portugal) – o TEDH entendeu que os queixosos suportaram carga excessiva de obrigações públicas, rompendo com o princípio do justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral e os imperativos da proteção dos direitos fundamentais individuais, conforme exige a primeira frase do art. 1º do Protocolo nº 1 (Convenção Europeia dos Direitos do Homem).⁷⁵

⁷⁴ João José Perdigão e Maria José Queiroga Perdigão eram proprietários de um terreno em Évora com cerca de 130 mil m² que foi expropriado em 1995 a favor da Brisa, para a construção de uma auto-estrada. Não houve acordo entre as partes e foi designada uma comissão de arbitragem que avaliou o terreno em 177 mil euros. Os requerentes recorreram dessa avaliação para o Tribunal de Évora, defendendo que o valor da indemnização deveria ser de 20,8 milhões de euros pela existência de uma pedreira no terreno. O requerido também recorreu da avaliação por a considerar excessiva. O Tribunal da Relação, após inúmeras diligências, fixou o valor da indemnização pela expropriação em 197.236 euros, no ano 2003, que se tornou definitiva. Os requerentes foram notificados para pagar as custas do processo: 489.188 euros. Os requerentes reclamaram alegando violação ao princípio da justa indenização e invocaram erros de cálculos. O tribunal reconheceu erros de cálculo diminuindo as custas para 309.052 euros, ficando os requerentes devendo ao Estado a importância de 111.816 euros vez que a totalidade da indenização foi revertida para o Poder Público. Posteriormente, o Tribunal de Évora decidiu que o montante das custas judiciais não deveria exceder em mais de 15 mil euros, o montante da indenização pela expropriação, conforme acórdão do Tribunal Constitucional em resposta a recurso dos requerentes. *European Court of Human Rights*. 2ª Seção. Caso *Perdigão c. Portugal* (Queixa nº 24768/06). Sentença. Estrasburgo, 4.08.2009, p. 2-3.

⁷⁵ O art. 1º do Protocolo nº 1 da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que Portugal é signatário desde 22 de

Referida decisão confirma o status supraestatal da proteção jurídica ao direito fundamental à propriedade, assegurando recursos aos Tribunais Comunitários todas as vezes que os Estados signatários dos Tratados constitutivos, sua legislação interna ou suas decisões judiciais, violarem o princípio da justa ressarcibilidade no procedimento expropriatório.

- *Brasil*

No Brasil, é certo que a Constituição literalmente prescreve (art. 5º, XXIV) que a indenização expropriatória deve ser prévia, justa e em dinheiro, ressalvados os casos nela previstos (art. 182, § 4º, art. 184, art. 243). Além disso, o art. 16, § 4º, II da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00) exige que para fins de desapropriação de imóveis urbanos (para mim o dispositivo se aplica a toda e qualquer desapropriação ordinária), o ato de desapropriação seja precedido de (a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (a exigir, portanto, planejamento para a efetivação do gasto decorrente da medida); (b) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, desde meados do Século XX, já propunha a substituição do termo indenização expropriatória pela noção conceitual de compensação indenizatória, a englobar (a) o justo preço pela perda em si da propriedade e tudo o mais que nela se integra, (b) e reparação proporcional dos danos e prejuízos produ-

setembro de 1.976: **Artigo 1º (Proteção da propriedade):** *Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.*

zidos em desfavor do expropriado pela execução do conteúdo do ato expropriatório.⁷⁶

Divisavam-se – na perspectiva trabalhada pelo professor paranaense – as expressões ‘equivalência econômica’ e ‘reparação econômica’. A primeira referente à perda da propriedade física (e seu estado no momento da desapropriação); a segunda relativa aos danos e prejuízos (imediatos e futuros), experimentados pelo particular como consequência da perda da propriedade.

Com efeito, tratando-se de compensação econômica, “*conquanto se argumente com a ideia de justiça, o que se preconiza é a indenização igual ao desfalque patrimonial, sem outra consideração que não a rigorosa equivalência entre o que se dá e o que se recebe. Forçoso, assim, é reconhecer que, em vez de exigir uma indenização justa, deveria a Constituição ordenar que ela seja integral, de valor idêntico à redução patrimonial. O que se tem preconizado é que a indenização expropriatória seja completa.*”⁷⁷

Esta orientação tem encontrado relativo eco na jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que registra precedente no sentido de que “*considera-se justa a indenização cuja importância habilita o expropriado a adquirir outro bem equivalente ao que perdeu para o poder público, ou seja, equivalente ao valor que o expropriado obteria se o imóvel estivesse à venda.*”⁷⁸

É interessante notar a conexão que o STJ faz entre a justeza da indenização e a potencialidade de aquisição de um novo bem pelo expropriado. Ela revela, a bem da verdade, a imprescindibilidade, ao lado da equivalência e da reparação econômicas, também da oportunidade econômica da indenização, como que inerente ao conceito de indenização completa ou justa.

⁷⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 116.

⁷⁷ MENDES, Vicente de Paula. *A Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 53.

⁷⁸ STJ, REsp 608.324/RN, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 03/08/2007, p. 325.

Afinal de contas, em que momento deve ser paga a indenização expropriatória para que seja considerada justa? Ela deve ser prévia à declaração expropriatória? À posse (no caso de imissão provisória)? À transcrição do bem (quando for o caso)? À decisão de mérito do processo judicial respectivo? Ao trânsito em julgado da sentença condenatória?⁷⁹

No Brasil, tratando-se de ‘desapropriação amigável’ ou administrativa, desde que convencionado pelas partes, admite-se que a indenização venha a ocorrer em momento posterior ao acordo firmado entre as partes, dando-se o pagamento à vista ou em parcelas, conforme acordado, em razão da natureza disponível do direito do particular. Por outro lado, tratando-se de desapropriação judicial, a corrente majoritária tem entendido que a indenização deve anteceder à respectiva consumação, a qual, a seu turno, pressupõe o pagamento do valor correspondente: “o Poder Público só adquirirá o bem e o particular o perderá com o pagamento da indenização”.⁸⁰

Do ponto de vista prático – e dos efeitos sobre o patrimônio do particular, todavia, a imissão provisória na posse e a destinação do bem à finalidade pública alegada no ato expropriatório, garantem ao Poder Público o exercício de todos os atributos típicos do domínio e impossibilitam o reaver do bem, por força do art. 35 do Decreto lei 3.365/41.

Esta posição era corroborada pela Medida Provisória nº 700, de 8 de dezembro de 2015 – que teve expirada sua validade por ausência de conversão em lei em 17.05.2016), cujos artigos 2º e 3º, alteravam o art. 176-B da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e os artigos 1.225, XIII e 1.473, XI do Código Civil, atribuindo efeitos jurídicos de direito real aos direitos oriundos da imissão provisória na posse dos bens expropriados, quando concedida à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou às suas entidades delegadas e respectiva promessa de cessão.

⁷⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 897.

⁸⁰ URBANO CARVALHO, Raquel Mello. *Direito Administrativo*. 2. ed., Salvador: Juspodium, 2009, p. 1156.

Tudo isso implica revistar criticamente o conceito de prevalidade de indenização, na perspectiva da oportunidade econômica anteriormente descrita, até porque na jurisprudência do STF há precedentes no sentido de que: “*subsiste no regime da CF de 1988 (art. 5º, XXIV), a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal sob a égide das Cartas anteriores, ao assentar que só a perda da propriedade, no final da ação de desapropriação – e não a imissão provisória na posse do imóvel – está compreendida na garantia da justa e prévia indenização.*”⁸¹

Com efeito, para a vetusta orientação do STF, somente após o fim das discussões judiciais sobre o justo valor da indenização é que o particular será indenizado pelo valor completo, recebendo o montante constante da condenação judicial, pela *via crucis* do sistema de precatórios (art. 100, CR/88).

Esta indenização, sobre ser garantida somente ao fim do processo judicial, pelo método tradicional de execução de obrigação de dar contra a Fazenda Pública, nunca será justa e precisa ser urgentemente revisitada pelo STF no julgamento da repercussão geral no RE 922.144, Rel. Min. Roberto Barroso.

Para que se atenda à efetividade do direito fundamental de propriedade, conciliando-o com a prerrogativa de requisição da imissão provisória no curso da ação de desapropriação e, ainda, com o sistema de privilégios processuais do Estado, deve-se compreender que o Poder Público, se condenado em juízo pela insuficiência do valor indenizatório da desapropriação, é obrigado a fazer a complementação dos depósitos judiciais iniciais (realizados para efeito de imissão na posse), conforme determinado pela sentença de primeiro grau ou pelo acórdão de segundo grau (em caso de reforma).

Isto porque essa complementação de valores (faltantes da indenização expropriatória determinada pelo Poder Judiciário) há de ser compreendida como condenação a uma obrigação de fazer (porquanto existe na Constituição um dever estatal de avaliação adequada e reparação prévia e completa do patrimônio do expropriado) e não a uma

⁸¹ STF, RE 195.586, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 12-3-1996, Primeira Turma, DJ de 26-4-1996. No mesmo sentido: RE 141.795, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 4-8-1995, Primeira Turma, DJ de 29-9-1995.

obrigação de dar, excluindo, como consequência, o expropriado de receber a compensação apenas ao final da ação e pela via dos precatórios (art. 100, CR/88).

Esta proposta tem a potencialidade de garantir justeza e contemporaneidade à indenização expropriatória (equivalência + reparação + oportunidade), para além de atender ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CB/88).

Por fim – e na esteira do caso *Perdigão v.s Portugal* julgado pelo TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) – é de se notar que o direito fundamental à propriedade encontra-se previsto no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), a que o Brasil aderiu definitivamente mediante o Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. O art. 21, n. 2 da Convenção prevê que *“nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.”*

Bem de ver que essa dimensão internacional do direito fundamental à propriedade, que é reconhecida pela doutrina brasileira por conta da previsão do art. 5º, § 3º, da CB/88,⁸² não foi completamente cancelada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. César Peluso.

Decidiu o STF neste caso, em linha de conciliação da antiga jurisprudência da Corte (que sustenta o efeito paralisante e não revogador da absorção dos tratados internacionais na ordem interna), que: *“a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.”* [Nessa linha,] *diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio*

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Logo, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sem prejuízo do procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da CB/88 – tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional – suas disposições têm a prerrogativa de paralisar a eficácia da legislação infraconstitucional que venha a colidir com as normas próprias do Pacto de San Jose da Costa Rica.

E nesse sentido, tanto as disposições relativas ao direito de propriedade, quanto as referentes à duração razoável do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII), adequadamente ambientadas ao âmbito da legislação e das práticas expropriatórias no Brasil, implicam reconhecer o direito do cidadão brasileiro expropriado de receber a oportuna e adequada compensação financeira, sem que se tenha de subordinar ao moroso sistema de precatórios judiciais.

Não se descarta, portanto, a depender do caminho que o STF vier a trilhar no julgamento da Repercussão Geral no RE 922.144, que a manutenção da indenização expropriatória subordinada ao sistema dos precatórios, possa ser levada à discussão nos Fóruns Interamericanos, por meio da provocação da Comissão Interamericana e do acionamento da Corte Interamericana, sempre diante da violação das regras do Pacto de San José da Costa Rica.

4. Conclusão

O direito de propriedade, desde o liberalismo, é direito fundamental do homem – e como tal deve ser protegido em face de atuações arbitrárias das Administrações Públicas no Brasil e em Portugal.

Num contexto societário evoluído, a propriedade não é direito absoluto ou estático. É direito a ser exercido em compatibilidade com a respectiva função social, sacrificando-se, quando necessário, diante da força expropriatória do Estado.

O processo expropriatório ordinário assegura à Administração Pública a prerrogativa de determinar a transferência compulsória da propriedade privada para o domínio público; em contrapartida, o particular tem direito de ser indenizado justamente pelo sacrifício que sofreu.

É subjacente ao direito à justa indenização, visualizar o ato de expropriação, para além da sua revelação imediata e autorreferida (perspectiva atomizada da atividade administrativa), em prol de uma construção dialética, adotada no curso de um procedimento administrativo, que garanta ao particular a possibilidade de dialogar com a Administração Pública, para a garantia de seus direitos.

Esta perspectiva dialógica é partidária da democratização do exercício da atividade administrativa na modernidade, como exigência do Estado Democrático de Direito. Com isso, torna-se obrigatória a ‘procedimentalização’ da fase administrativa do procedimento expropriatório, por força da incidência dos princípios constitucionais do devido processo administrativo, contraditório e ampla defesa.

No Brasil, a vetusta legislação representada pelo Decreto Lei 3.365/41, porquanto nascida em período autoritário, não contempla a perspectiva da Administração Dialógica e a vertente procedimental da atividade administrativa. É necessário interpretá-la conforme a Constituição, a partir da ‘distensão democrática’ da etapa administrativa do procedimento expropriatório (art. 10 do Decreto Lei 3.365/41), sugerida neste ensaio.

Em Portugal, o procedimento administrativo é regulado pelo Código de Expropriações – Lei 168/99. O legislador português tratou de maneira mais adequada, democrática e dialógica do procedimento da expropriação, com ênfase na participação e no consenso. Porém, as práticas administrativas portuguesas não destoam em grande medida das práticas brasileiras, quase sempre prejudiciais à fundamentalidade do direito de propriedade.

A questão da indenização no procedimento expropriatório é o ponto essencial a ser revisitado em ambos os países. Portugal já se viu obrigado a reavaliar, em face do princípio da justa indenização e da duração razoável do processo, dado procedimento expropriatório

mal indenizado por determinação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) – caso *Perdigão vs. Portugal*.

No Brasil, a matéria encontra-se com alta indagação, fundamentalmente diante da iminência de uma definição sobre a compatibilidade do direito à justa e prévia indenização com o sistema dos precatórios, no âmbito do RE 922.144, com repercussão geral reconhecida, que tem como relator o ministro Luís Roberto Barroso.

Sustenta-se, particularmente, que o direito à justa e prévia indenização em dinheiro não se compatibiliza com o sistema de precatórios judiciais (art. 100, CB/88). É que a discussão judicial respectiva controverte em torno de obrigação de fazer, a de completar o valor da indenização, e não de obrigação de dar (cobrança de valores), escapando, portanto, da execução pelas raías do precatório.

A depender da decisão desse precedente pelo STF, não se descarta a possibilidade de provocação da Comissão Interamericana de Direito do Homem (CIDH), para que acione a Corte Interamericana dos Direitos do Homem no sentido de obrigar o Estado Brasileiro a criar mecanismo adequado de indenização ou a determinar indenização complementar pela demora do processo expropriatório, submetido ao sistema do precatório.

Por fim, convém asserir que a visão que aqui se sustenta é partidária da perspectiva do Direito por Princípios, em linha com a consagração constitucional dos direitos fundamentais. A compatibilização do direito de propriedade com o poder expropriatório do Estado não está apenas na garantia ao direito material de indenização justa, como se poderia superficialmente supor, mas também no direito de participação dialógica no processo administrativo respectivo ('distensão democrática'), como decorrência da garantida do *due process of law*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo de seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARAÚJO, Edimir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

- BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Direito Humanitário Internacional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: CUNHA JUNIOR, Dirley. PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Salvador: Podium, 2007, p. 137 *et. seq.*
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Consensualidade e Justo Preço nas Desapropriações: Novos Parâmetros à Luz do Direito Administrativo Contemporâneo*. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA_PATR%C3%80CIA-FERREIRA-BAPTISTA.pdf. Acesso em: 31 de agosto de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n. 9, março/abril/maio, 2007.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 18 jul. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso em 14.01.2016.
- BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. Revista. Trimestrale de Diritto. Pubbliche, 1952.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BUYS DE BARROS, A. B. *Instituições de Economia Política*. 2. ed., Vol. 2, Rio de Janeiro: José Kofino, 1957.
- CALVÃO, Francisco; SILVA, Fernando Jorge. *Código das Expropriações. Anotações e Jurisprudência – Anotações Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

- CARVALHO, Raquel Mello Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., Salvador: Juspodium, 2009.
- CEIA, Eleonora Mesquita: *A jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em 09.02.2016.
- CORREIA, Fernando Alves (Coord.). *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo. Actas do 1º Colóquio Internacional*. Almedina, 2002.
- CORREIA, Jorge Andre Alves. *Contratos Urbanísticos: concertação, contratação e neocontratualização no Direito do Urbanismo*, Coimbra: Almedina, 2009, p 15-22.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro. [19XX].
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. Acesso em 24.03.2015.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. E. ed., Buenos Aires: La Ley, 2006.
- FERNANDES, Flávia Maria Leite. *Intervenção do Estado na Propriedade*. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta (Coord.). *Curso Prático de Direito Administrativo*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da Teoria à Crítica do Princípio da Proporcionalidade – Uma Visão com Base nas Doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictium, 2009.
- FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo dos Bens e Restrições Estatais*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERREIRA, Liliana Seixas. *A Expropriação como Limitação ao Direito de Propriedade Privada*. Disponível em: www.cije.up.pt/download-file/202. Acesso em 18.09.2015.

- FORSTHOFF, Ernest. *Tratado del derecho administrativo*, tradução da 5. ed. alemã por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid: Imprenta, Instituto de Estudios Politicos, 1958.
- FRANÇA, Rubens Limogi (Coord.). *Enciclopedia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2 ed. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- GILLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed., Trad. Antônio Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: a history*. New York: Norton e Company Inc., 2007. Disponível em http://www.amazon.com/Inventing-Human-Rights-A-History/dp/0393331997#reader_0393331997. Acesso em 21.02.2016.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Disponível em: www.xr.pro.br/ÍF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_Governo.pdf. Acesso em 11.07.2014.
- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MENDES, Vicente de Paula. *A Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- MUÑOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Sobre las Transformaciones del Derecho Público de León Dugüit. In. *Revista Interesse Público*. Ano 16. n. 84. abr./mar., Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OLIVEIRA, Alvaro Borges. *A função (f(x)) do Direito das Coisas. Novos Estudos Jurídicos*, v.11, n. 01. 2006. p. 10. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/425/367>. Acesso em 24.03.2015.
- OLIVEIRA, Luís Perestrelo de. *Código das Expropriações*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Código das Expropriações*. Coimbra: Almedina, 2013.
- PASQUALINI, Alexandre. Preservação do Patrimônio Cultural Imóvel e Dever de Indenizar. In. *Revista Interesse Público*. Ano 16. n. 84. abr./mar., Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. *Historia da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- PLANIOL, Marcel; RIPPERT, Georges, *Traité Élémentaire Droit Civil*. 2. ed., v. 1., Paris: LGDJ, 1946. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 62. São Paulo: Saraiva, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- PORTUGAL. Lei 168/99 de 18 de setembro. Código das Expropriações. *Diário da República*, Lisboa, 18 de set. 1999.
- PROUDHON, Joshep Pierre. *Qu'est-ce que la Propriété?*, 1810. Disponível em: <http://anarquista.net/wp-content/uploads/2013/08/a-propriedade-e-um-roubo-proudhon.pdf>. Acesso em 15.03.2016.
- QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ROCHA, Maria Elisabete Almeida. *Expropriações por Utilidade Pública: o procedimento expropriativo*. Disponível em: http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/elisabeterocha_expropriacoes-procedimento.pdf. Acesso em 11.01.2016.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contract Social*. Disponível em: www.dominio-publico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf. Acesso em 03 jul 2014.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. *Discours sur L'origine Et Les Fondemens de L'inegalite Parmi Les Hommes*. www.dominio-publico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf. Acesso em 03.07.2014.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996.
- _____. *Para um contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

II - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

I ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito das Famílias: uma perspetiva contemporânea luso-brasileira

15 E 16 DE FEVEREIRO DE 2016

AUDITÓRIO DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (CEJ),
NO LARGO DO LIMOEIRO, LISBOA

O I Encontro Luso-Brasileiro de Direito de Família, com o tema “O Direito das Famílias: uma perspetiva contemporânea luso-brasileira” organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/DF, em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL), e com o apoio institucional do Instituto do Direito de Língua Portuguesa (IDILP), do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade (CEDIS) e do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), tem o objetivo de colocar em discussão o Direito da Família na atualidade, de modo a estabelecer níveis de adequação à realidade social que envolve as famílias luso-brasileiras.

O encontro contará com a presença de professores, magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e demais membros da comunidade jurídica brasileira e portuguesa.

As inscrições podem ser feitas por meio do e-mail prof.flaviolouzada@gmail.com

Programação completa do evento está disponível nos sítios do www.ibdfam.org.br/eventos e da www.fd.unl.pt.

Será emitido certificado de participação mediante a frequência em 75% das sessões.

PROGRAMAÇÃO

Dia 15 de fevereiro

9h30-10h00: Credenciamento de participantes

10h00: Cerimônia de Abertura do I Encontro Luso-Brasileiro de Direito de Família com o Prof. Dr. Nuno Piçarra, Sub-director da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e o Prof. Flávio Louzada, Vice-Presidente do IBDFAM/DF.

Palestras

Moderador Prof. Dr. **Fernando Horta Tavares** (UFJF).

10h30-11h: Profa. Dra. **Denise Moreira** (IBDFAM/DF).

“Famílias: retalhos e retratos do tecido social contemporâneo”.

11h00-11h30: Prof. Dr. **João Ricardo Ayres da Motta** (IBDFAM/DF).

“O Futuro das Relações de Família”.

11h30-12h00: Prof. Dr. **Flávio Louzada** (IBDFAM/DF).

“A Intersexualidade e o Direito Brasileiro”.

12h00-14h30: **Intervalo para o almoço.**

Moderadora Profa. Dra. **Helena Pereira de Melo** (FDUNL).

14h30-15h00: Profa. Dra. **Renata Malta Vilas-Bôas** (IBDFAM/DF).

“O impacto da responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias”.

15h00-15h30: Prof. Dr. **Leonardo Gomes de Aquino** (IBDFAM/DF).

“A qualidade de sócio: um conflito entre as regras da sociedade limitada e o regime de bens”.

15h30-16h00: Dra. **Grace Regina Costa** (IBDFAM/DF).

“A possibilidade de fixação de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo”.

16h00-16h30: Profa. Dra. **Anália Torres** (ISCSP).

“Mudanças na Família. O privado na agenda pública”.

16h30-17h00: Prof. Dr. **Jorge Duarte Pinheiro** (FDUL).

“Casamento e responsabilidade civil”.

17h00-17h30: Prof. Dr. **Alexandre Budib** (PGFN).

“Assimetrias entre o tratamento dado ao cônjuge e ao companheiro pelo Código Civil de 2002”.

Dia 16 de fevereiro

Moderador Prof. Dr. **João Zenha Martins** (FDUNL).

09h30-10h00: Juíza de Direito **Ana Maria Louzada** (IBDFAM/DF).

“Alimentos no novo Código de Processo Civil brasileiro”.

10h00-10h30: Dra. **Anita Gomes Vieira** (IBDFAM/DF).

“Advogado familiarista: desafios da prática contemporânea”.

10h30-11h00: Profa. Dra. **Marianna Chaves** (FDUC).

“Responsabilidades parentais e guarda física: uma distinção necessária”.

11h00-11h30: Prof. Dr. **José João Abrantes** (FDUNL).

“Regimes de bens do casamento e sucessão do cônjuge sobrevivente – uma perspectiva histórico-comparativa”.

11h30-12h00: Juíza de Direito **Maria Perquilhas** (CEJ).

“A nova tramitação do Processo de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais”

12h00-12h30: Prof. Dr. **Mario Ferreira Monte** (EDUM).

“A (in)eficácia da tutela penal dos casos de abuso sexual em contexto familiar: problemas e prospectivas”.

12h00-14h30: **Intervalo para o almoço.**

Moderadora Dra. **Margarida Paz** (CEJ).

14h30-15h00: Defensor Público **Vitor Tavares** (DPMA) e Promotor de Justiça **Rivaldo Frias Júnior** (MPSE).

“Casamento e Adoção Homoafetiva no contexto luso-brasileiro”.

15h00-15h30: Juiz Desembargador **Paulo Guerra** (CEJ).

“Os novos rumos do direito da família, das crianças e dos jovens”.

15h30-16h00: Promotora de Justiça **Marlouve Santos** (MPDFT).

“Para Além do Direito das Famílias”.

16h00-16h30: Profa Dra. **Zamira de Assis** (FDUNL).

“Parentalidade sócio-afetiva”.

16h30-17h00: Profa. Dra. **Teresa Pizarro Beleza** (FDUNL).

“Da CEDAW a Istambul: violência doméstica e famílias”.

17h00-17h30 Encerramento solene com Profa. Dra. **Teresa Pizarro Beleza**,
Directora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e
com **Ilka Teodoro** (FDUL).

17h30-18h00: Lançamento de livros.

Comissão Organizadora:

Flávio Louzada (IBDFAM/DF) Profa. Dra. Teresa Pizarro Beleza (FDUNL)

Ruth Santos (FDUL) Prof. Dr. Jorge Barcelar Gouveia (FDUNL)

Matheus Passos (FDUL) Prof. Dr. José João Abrantes (FDUNL)

Renata Menezes (FDUL) Profa. Dra. Helena Pereira de Melo (FDUNL)

Ilka Teodoro (FDUL) Prof. Dr. João Zenha Martins (FDUNL)

ANUÁRIO DO DIREITO DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

O Anuário do Direito de São e Tomé e Príncipe é uma revista jurídica de livre acesso, que estará em breve disponível em linha no sítio <http://anuario-direitostp.cedis.fd.unl.pt>.

A sua publicação constitui um marco histórico para a comunidade jurídica são-tomense, e para o Direito do mundo lusófono em geral, por constituir a primeira revista jurídica de São Tomé e Príncipe.

Sediado em Lisboa, no Grupo de Investigação Direito, Lusofonia e Interculturalidade do CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (cedis.fd.unl.pt) –, o Anuário resulta de uma parceria entre o Instituto do Direito de Língua Portuguesa (www.idilp.net) e o Instituto de Direito e Cidadania de São Tomé e Príncipe e tem como diretores Francisco Pereira Coutinho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e Jonas Gentil, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de São Tomé e Príncipe.

A razão existencial do Anuário – que explica também a sua estrutura interna – é a de divulgar estudos doutrinários de direito são-tomense e mitigar as dificuldades existentes no acesso ao Direito em São Tomé e Príncipe, tanto no plano legislativo como jurisprudencial.

A edição do anuário de 2015 divide-se em três secções principais. A primeira, de natureza doutrinal, engloba artigos científicos, originais ou republicações, e textos mais curtos, a que se atribuiu o nome de comentários, que se debruçam sobre temas diversos que partilham uma conexão com o direito de São Tomé e Príncipe ou com o Direito de Estados de língua oficial portuguesa. Esta edição do Anuário inclui também um artigo de Ciência Política sobre sistemas eleitorais, dada a sua relevância para a compreensão das dinâmi-

cas que animam o sistema constitucional de São Tomé e Príncipe e de Cabo Verde.

Segue-se a secção de Legislação, que inclui diplomas legislativos publicados no *Diário da República de São Tomé e Príncipe* durante o ano de 2015.

Na secção jurisprudencial são publicadas decisões judiciais proferidas em 2015, escolhidas em colaboração e com a autorização dos respetivos relatores.

O Anuário termina com as secções Vida Académica e Instituto de Direito e Cidadania de São Tomé e Príncipe, em que se publicam relatos de eventos de natureza académica de relevo ocorridos em 2015 em São Tomé e Príncipe e se dá conta das atividades e do documento constitutivo da associação promotora do anuário.

Lisboa, 11 de julho de 2016

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

Diretor do Anuário do Direito de São Tomé Príncipe

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

“DIREITO, RELIGIÃO E LAICIDADE”

Oração de Sapiência de Jorge Bacelar Gouveia

Oração de Sapiência de Jorge Bacelar Gouveia, subordinada ao tema “Direito, Religião e Laicidade”, proferida na Cerimónia da Abertura Solene do Ano Letivo de 2016 da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, que teve lugar em Nampula, em 16 de fevereiro de 2016.

Pode ser vista em:<https://www.youtube.com/watch?v=9sZQGDZMK50>

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail presidente@idilp.net, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.

- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	4”
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excepcionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excepcionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista do Direito de Língua Portuguesa

Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: secretariado.idilp@gmail.com
Sítio eletrónico: www.idilp.net

REDiLP – REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto);

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestra Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuço (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

I – DOUTRINA

Alex Sander Xavier Pires

Novo paradigma detrás da Reforma Processual Civil Brasileira introduzida pela Lei nº 13.105/2015: um código dedicado a razoável duração do processo

António Leão

Entre o “nome” e a “coisa” da regionalização: algumas notas para o debate da regionalização em Moçambique, no quadro de uma (eventual) reforma constitucional

Gildo Espada

Provedor de Justiça e acesso à Justiça Administrativa: uma perspectiva moçambicana

Jorge Bacelar Gouveia

Angola e a Liberdade de Religião

Luciano Ferraz e Jorge Bacelar Gouveia

Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal

