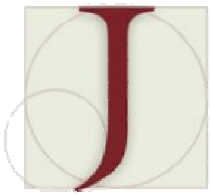
Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)

João Pedroso

Catarina Trincão

João Paulo Dias



OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS

FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Novembro de 2001

AGRADECIMENTOS

O presente estudo foi elaborado no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ) e nos termos do programa de investigação contratualizado com o Ministério da Justiça. Cumpre-nos, assim, agradecer o especial apoio que nos foi dado pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, nas pessoas do seu Director e Directora-Adjunta, Dr.s João Tiago Silveira e Graça Fonseca.

A elaboração deste estudo deve-se essencialmente ao diálogo e reflexão promovido há mais de uma década no Centro de Estudos Sociais, por Boaventura de Sousa Santos, director científico do OPJ. Aos colegas Maria Manuel Leitão Marques e António Casimiro Ferreira devemos a cumplicidade atenta, a bibliografia que antes não encontrávamos e as sugestões sempre oportunas.

Por último, um agradecimento aos contributos, nas diversas fases do projecto, à Cristina Cruz (e ao seu sereno e valioso apoio), ao Francisco Silva, à Paula Martinho, à Fátima de Sousa, à Liliana Roque, à Catarina Frade e Carlos Nolasco, e *last but not least* a todos os restantes colegas do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Coimbra, Novembro de 2001

Os autores

João Pedroso
Catarina Trincão
João Paulo Dias

ÍNDICE

INTRODUÇÃO GERAL 9

CAPÍTULO I

INFORMALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO: DOIS CAMINHOS DA REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Introdução 13

1. O "direito em abundância" e a incapacidade da resposta do sistema judicial 14

    1.1. As transformações do direito e do sistema jurídico: expansão, retracção e novas realidade..... 14

    1.2. Mais litigação judicial: os conflitos sociais e do mercado em transformação acelerada 18

        1.2.1. Uma leitura da experiência americana segundo Marc Galanter (ou a chegada das empresas ao tribunal) 19

        1.2.2. Uma leitura da experiência portuguesa (justiça cível e penal) segundo a investigação do OPJP..... 20

2. A administração da justiça entre a(s) crise(s) e a(s) reforma(s) 26

3. A construção da justiça alternativa, complementar ou substitutiva dos tribunais judiciais: a informalização e a desjudicialização, dois caminhos nem sempre convergentes..... 29

    3.1. Em busca dos conceitos: da desregulação à informalização e à desjudicialização..... 29

3.2. Os caminhos da informalização e da desjudicialização 33
3.2.1. O movimento ADR (RAL) 33
3.2.2. A(s) ideologia(s) da justiça informal ou alternativa: informalização, consenso e reparação 39
3.2.3. A desjudicialização: a reforma da administração da justiça a partir dos tribunais 41

4. Um novo modelo de administração da justiça ou um sistema integrado de resolução de litígios: da autocomposição, passando pela justiça informal, ao tribunal "multi-portas" 43

Conclusões 51

CAPÍTULO II

OS LITÍGIOS PRIVADOS E LABORAIS: UM ROTEIRO DOS CAMINHOS DA INFORMALIZAÇÃO E DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Introdução……..…… 55

1. A arbitragem, a mediação e a conciliação nos litígios de direito privado…….. 56

2. A mediação familiar: uma resposta para a crise da família (…) e da justiça……. 63

2.1. A mediação familiar nos Estados Unidos da América ……..…… 64
2.2. A mediação familiar em França ……..…….. 66
2.3. O desenvolvimento da conciliação familiar na Inglaterra e no País de Gales…….. 68
2.4. A mediação familiar em Portugal: a doutrina e uma experiência embrionária……. 69

3. Os conflitos de vizinhança: a mediação comunitária e social…… 76

3.1. A mediação comunitária nos Estados Unidos da América…… 77

3.2. A mediação social nos bairros em França ……. 81
3.3. Os conflitos comunitários na Grã-Bretanha …… 84
3.4. A mediação social em Portugal: breve referência a dois projectos…… 86

4. As relações comerciais: breve estudo comparado de experiências ADR (RAL)…… 89

4.1. A *lex mercatoria*: o direito e a arbitragem transnacional. O caso do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional……..... 91
4.2. O Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional……. 96
4.3. A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.. 99
4.4. A arbitragem comercial em Portugal……. 99
4.4.1. O Centro de Arbitragem Comercial …….. 100
4.4.2. O Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada do Instituto de Valores Mobiliários…… 101

5. As relações laborais: a resolução "alternativa" de litígios ……. 102

5.1. Os Estados Unidos da América: a arbitragem e a mediação nas relações de trabalho 103
5.2. A resolução alternativa de conflitos laborais em França: da arbitragem aos *Prud'hommes* 106
5.3. A experiência na Grã-Bretanha 108
5.4. A arbitragem de litígios laborais em Portugal 110

6. A resolução alternativa de litígios no caso dos cidadãos endividados..... 113

6.1. O projecto de Decreto-Lei sobre resolução extrajudicial do sobreendividamento de pessoas singulares 119
6.2. A proposta do OPJP: os centros de informação e mediação de dívidas 120

7. O papel do Conselho da Europa: duas décadas de promoção dos ADR (RAL) 128

Conclusões 131

CAPÍTULO III

A REFORMA DA JUSTIÇA PENAL: À PROCURA DE NOVO(S) PARADIGMA(S)

Introdução…….…… 135

1. Os múltiplos caminhos da transformação da justiça penal 135

    1.1. Entre a despenalização, a descriminalização e a neocriminalização..... 135
    1.2. Os caminhos da diversão (ou da desjudicialização da justiça penal)..... 144
        1.2.1. Da diversão em sentido amplo 144
        1.2.2. Os princípios da oportunidade e do consenso 147
        1.2.3. A mediação penal: as origens e o conceito..... 153
        1.2.4. As penas alternativas à prisão: os casos português e francês.... 156
    1.3. A justiça penal restaurativa: a construção de um novo paradigma 159
        1.3.1. Da teoria dos fins das penas à justiça restaurativa 159
        1.3.2. A justiça restaurativa: a reconstrução de um conceito 161

2. Alguns exemplos de experiência comparada 168

    2.1. O princípio da oportunidade e consenso..... 168
    2.2. A mediação penal: a experiência comparada e técnicas..... 170
        2.2.1. A experiência comparada..... 170
        2.2.2. Os processos e técnicas de mediação penal: o exemplo francês 182
    2.3. A justiça restaurativa em acção: alguns exemplos para além da mediação penal..... 187

3. A descriminalização e os primeiros passos de diversão (ou desjudicialização) em Portugal..... 191

    3.1. A descriminalização e os espaços de consenso na lei penal..... 191
    3.2. A diversão, o princípio da oportunidade e a lei processual penal: o discurso do legislador e a prática judiciária..... 195
    3.3. As penas alternativas à prisão: uma realidade ainda adiada 196

Conclusões..... 204

CAPÍTULO IV

(RE)CONSTRUIR A JUSTIÇA DE PAZ: AS EXPERIÊNCIAS DO SUL (ITÁLIA, ESPANHA, BRASIL E PORTUGAL)

1. As origens……211

2. Julgados de Paz: duas experiências do Sul da Europa (Espanha e Itália)…….. 213

2.1. Os Julgados de Paz em Espanha…… 213

2.1.1. Da sua criação até à Lei Orgânica do Poder Judicial (1985)…. 213

2.1.2. Descrição do sistema actual: orgânica, Juízes de Paz e competências…… 216

2.1.3. A experiência do País Basco …… 220

2.1.4. O Libro Blanco de la Justicia: pontos de bloqueio e as necessidades de reforma da Justiça de Paz em Espanha..... 223

2.1.5. A reforma da Justiça de Paz em Espanha…….. 226

2.2. A "magistratura honorária": os Juízes de Paz em Itália……. 230

3. A Justiça de Paz: as experiências em língua portuguesa…… 236

3.1. Brasil…….. 236

3.1.1. Os Juizados Especiais Cíveis e criminais …… 236

3.1.2. Os Juizados Especiais Cíveis: conciliação e juiz arbitral…….. 240

3.1.3. Os Juizados Especiais Criminais – o modelo consensual de justiça criminal…… 246

3.2. Os Julgados de Paz em Portugal…….255

3.2.1. A participação popular na administração da justiça desde o 25 de Abril de 1974 até 1989: Júri, Juízes Sociais e Julgados de Paz.....255

3.2.2. O renascimento dos Julgados de Paz em Portugal …… 257

3.2.2.1. O regime legal…… 257

3.2.2.2. As dores do parto (ou o debate acerca dos

Julgados de Paz) 264

Conclusões 273

CAPÍTULO V

AS PROFISSÕES JURÍDICAS ENTRE A CRISE E A RENOVAÇÃO: O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO EM PORTUGAL

Introdução 281

1. A transformação das profissões 283

    1.1. Profissões, profissionalismo e pós-profissionalismo: as velhas e as novas profissões 284
    1.2. A perda de auto-controlo profissional 285
    1.3. A globalização dos serviços e as novas tecnologias 288

2. As transformações das profissões jurídicas 289

    2.1. As profissões jurídicas: mercado vs. serviço público 291
    2.2. A especialização profissional: a "industrialização" e despersonalização dos serviços jurídicos 293
    2.3. A multidisciplinaridade 295
    2.4. A organização empresarial 297
    2.5. O efeito das novas tecnologias 298
    2.6. A diversidade de serviços jurídicos 300
    2.7. A autonomia e organização profissional 301
    2.8. A identidade profissional 304

3. As transformações das profissões jurídicas e a desjudicialização: algumas notas sobre o seu impacto em Portugal 306

    3.1. As profissões jurídicas e a desjudicialização 311
    3.2. Os tribunais e a desjudicialização 314

4. As profissões jurídicas em renovação.....318

4.1. Os advogados: os últimos 20 anos em mutação acelerada 318

4.1.1. Dos clientes particulares aos clientes colectivos..... 320

4.1.2. A especialização na advocacia 321

4.1.3. Identidade e controlo profissional: o impacto da multidisciplinaridade 322

4.1.4. Organização empresarial e novas tecnologias..... 324

4.1.5. Um escritório de advocacia moderno anglo-saxónico 326

4.1.6. As tendências da transformação dos advogados em Portugal... 330

4.1.6.1. O desempenho profissional: mudanças (pre)visíveis..... 330

4.1.6.2. Organização profissional e empressarial: novas exigências, novas aptidões..... 333

4.1.6.3. Os advogados e a transformação das competências profissionais.....336

4.2. Os notários e os conservadores 337

4.2.1. Os notários..... 339

4.2.1.1. O notário em França..... 340

4.2.1.2. O notário em Portugal – algumas problemáticas recentes (até 1999) 343

4.2.1.3. As competências a transferir para os notários..... 347

4.2.1.4. O parecer da Associação Portuguesa de Notários/Associação Sindical dos Notários Portugueses 349

4.2.2. Os conservadores em Portugal..... 351

4.2.2.1. As competências a transferir para os conservadores..... 353

4.2.2.2. O parecer da Associação Sindical de Conservadores dos Registos 354

5. Entre os advogados e os notários: um conjunto diferenciado de profissões jurídicas auxiliares ou paralegais 356

5.1. As experiências estrangeiras 357

5.1.1. *Huissiers de Justice* em França 357

5.1.2. *Legal Executives* na Grã-Bretanha 365

5.1.3. *Procuradores de los Tribunales* em Espanha 371

5.1.4. *Conciliateurs de Justice* em França 377

5.1.5. *Médiateurs de Justice* em França 382

5.2. Os solicitadores em Portugal 388

5.2.1. As competências a transferir para os solicitadores 392

5.2.2. O parecer da Câmara de Solicitadores 394

6. O Ministério Público 395

6.1. As competências a transferir para o Ministério Público 400

6.2. O parecer da Procuradoria-Geral da República 401

6.3. O parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público 402

Conclusões 403

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES 413

BIBLIOGRAFIA 439

INTRODUÇÃO GERAL

A juridificação das nossas sociedades, o desajustamento entre a procura e a oferta de justiça dos Tribunais Judiciais e a concentração da litigação judicial em litígios sem conflito ou de baixa intensidade têm sido, em grande parte, os responsáveis pela ineficiência, inacessibilidade e morosidade dos Tribunais. É, assim, necessário explorar todas as soluções que permitam reformar a administração da justiça. Ora, com esse objectivo, optámos neste estudo por efectuar um levantamento e uma análise comparada, na bibliografia citada, dos denominados movimentos de informalização e desjudicialização da resolução de litígios.

Ao longo dos seus seis capítulos, o estudo ensaia a construção de uma nova relação entre o judicial e o não judicial na administração da Justiça, dando conta, por um lado, da emergência de uma justiça informal ou comunitária e, por outro lado, das tendências do legislador em transferir competências do judiciário para entidades administrativas, privadas ou mistas, ao mesmo tempo que, em função da evolução da sociedade e do mercado e das reformas judiciais em curso, se vive um período de transformação acelerada das profissões jurídicas.

No primeiro capítulo, após se constatar que vivemos num período de "direito em abundância" e de incapacidade de resposta dos Tribunais Judiciais, busca-se uma compreensão dos conceitos de informalização e de desjudicialização da justiça e pretende-se a construção de um quadro teórico de um novo modelo de justiça mais democrático, mais acessível e mais eficiente que o actual sistema judicial, em que os Tribunais não são já o único recurso de uma política pública de justiça, mas devem fazer parte de um sistema integrado de resolução de litígios com os denominados meios alternativos, (complementares e/ou substitutivos) de resolução de litígios.

No segundo capítulo, procedemos a uma análise comparada relativamente aos meios não judiciais de resolução de litígios nos conflitos familiares, de vizinhança e comunitários, comerciais, laborais e relativamente ao endividamento dos consumidores. Esses meios vão da autocomposição, passando pela mediação e pela conciliação, até à

arbitragem e a alguns meios híbridos próximos do modo judicial de resolução de litígios. Assumem naturezas, formas, promotores e dimensão muito diversas em função dos sistemas de regulação social em cada sociedade, do desenvolvimentos das organizações da comunidade e da participação do Estado.

O terceiro capítulo, dá-nos conta de um novo paradigma emergente na justiça criminal, cuja ideia fundamental é a não (ou mínima) intervenção, em que se apela ao desenvolvimento dos movimentos de descriminalização e de diversão. Aparentemente o monopólio da acção penal pelo Estado e o princípio da legalidade estão a recuar, com a diminuição dos crimes públicos, a introdução do princípio da oportunidade, da mediação penal e das penas alternativas à prisão. Estes espaços de consenso e de oportunidade, entre o Estado, a vítima e o agressor, têm sido propícios ao desenvolvimento de um novo paradigma de justiça criminal, que os anglo-saxónicos denominaram de *Restorative Justice*.

O quarto capítulo relata-nos o (re)nascimento da Justiça de Paz, a partir das experiências do Sul da Europa (Itália, Espanha e Portugal) e do Brasil. A (re)construção desta justiça de proximidade tem contornos diferentes nas várias experiências, mas tem como característica comum destinar-se às causas menos complexas e assentar o seu desempenho em juízes leigos ou não togados.

No quinto capítulo, analisamos a mutação acelerada das profissões jurídicas com a reconfiguração das profissões já existentes e a criação de novas profissões, em função das transformações da sociedade e da administração da justiça, designadamente a alteração das competências profissionais, a sua complexificação, delegação e hierarquia, a especialização, a multidisciplinariedade, a racionalização, a organização empresarial, a diversificação de prestação de serviços, uma maior produtividade e resposta às necessidades dos utentes dos serviços jurídicos públicos ou privados.

A concluir, no capítulo sexto, formula-se um conjunto de conclusões, que nos dão conta dos resultados da investigação, efectuada ao longo dos capítulos anteriores, relativamente aos múltiplos caminhos da informalização e da desjudicialização no âmbito das reformas da administração da justiça em curso, em algumas das sociedades contemporâneas.

CAPÍTULO I

INFORMALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO: DOIS CAMINHOS DA REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Introdução

O direito e o sistema jurídico vivem um período de intensa transformação. Em simultâneo, assistimos a movimentos tanto expansionistas como de retracção. O direito em abundância e a incapacidade de resposta dos sistemas judiciais levaram os governos a desenvolverem programas (mais ou menos) ambiciosos de reforma da administração da justiça. Assim, no presente capítulo pretendemos construir um enquadramento teórico dos movimentos de informalização e desjudicialização da justiça e da consequente necessidade que o Estado, a sociedade e o mercado assumam um novo modelo de administração da justiça.

O sistema integrado de resolução de litígios preconizado pressupõe que o Estado assume uma nova relação (alternativa, complementar e substitutiva) entre os meios não judiciais de resolução de litígios e o sistema judicial, que não será de exclusão, mas pelo contrário, de inclusão. A política pública de administração de justiça não se centrará na exclusividade dos tribunais, mas assumirá que só o pluralismo jurídico e a pluralidade de meios não judiciais de resolução de litígios, concebidos de uma forma integrada, poderão tornar a justiça mais acessível, mais eficiente e mais democrática.

1. O "direito em abundância"[1] e a incapacidade da resposta do sistema judicial

1.1. As transformações do direito e do sistema jurídico: expansão, retracção e novas realidades

O direito e a administração da justiça nas sociedades contemporâneas desenvolvidas tem estado sujeito a uma transformação acelerada. Todos nós partilhamos a sensação de que o mundo sofreu um processo de "juridificação" da sociedade, ou seja, a "extensão dos processos jurídicos a um número crescente de domínios da vida económica e social" (Friedman, 1993b: 320). Assistimos à denominada "explosão do direito", ao aparecimento de um número excessivo de processos, passando por uma profunda ansiedade quanto à "burocratização do mundo", à "juridificação das esferas sociais" e à "colonização do mundo-da-vida"[2].

A crise e transformações do Estado-Providência lançaram um grande debate sobre a crise e as transformações do direito, designadamente entre a concepção do direito como sistema autoreferencial e autopoiético e a concepção do direito como construção social, produzido num contexto social (Guibentif, 1992; Faria, 1997; Santos, 1995 e 2000). Teubner (1986: 309) identificava as três grandes limitações da regulação jurídica actual com um "trilema regulatório". A primeira consiste em o direito "colonizar a Sociedade". O Estado-Providência promoveu a instrumentalização política do direito até aos seus limites. Esta "sobrejuridicização da sociedade" ao submeter situações concretas a um direito abstracto, visava a integração social, mas acabava por criar desintegração social. A segunda limitação revela-se como "materialização do direito"; o reverso da sobrejuridicização da sociedade é a sobresocialização do direito. O direito fica prisioneiro da política ou dos subsistemas regulados, "politizando-se", "economizando-se" ou "pedagogizando-se", acabando por submeter a uma tensão excessiva a autoprodução dos seus elementos normativos (Teubner, 1986: 311). A terceira resulta das referidas disfunções redundarem em "ineficácia do direito". A

[1] Galanter (1993: 103).

[2] Galanter (1993: 103), citando Macneil (1984-1985); Galanter (1983); Teubner (1986).

discrepância da autoprodução interna do direito com a das outras esferas sociais, que regula, tornam a regulamentação jurídica ineficaz ou contraproducente.[3]

A "colonização", a "materialização" e a "ineficácia" são consideradas os limites aquém dos quais se devem definir as fronteiras, mais rígidas e restritas, de regulação jurídica, de forma a permitir que o direito funcione eficaz e automaticamente sem se descaracterizar nem a si, nem às esferas sociais que regula. As sociedades modernas, para os defensores dos sistemas autopoiético e autoreferenciais, são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.), todos eles fechados, autónomos, autocontidos, e autoreferenciais, cada qual com um modo de funcionamento e um código próprios. O direito é um desses sistemas, um subsistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é o ambiente que rodeia os outros subsistemas sociais, tal como estes são o meio ambiente do direito.

As "perturbações" criadas por um sistema neutro só se tornam relevantes se forem convertidas em respostas ou reacções autopoiéticas. Santos (2000: 147-148) recusa que a solução para a crise do direito seja a concepção do direito como um sistema autopoiético, por não dar o devido relevo à relação entre a evolução da sociedade e a evolução do direito. Por outro lado, a discussão sobre a processualização e a reflexividade do direito é uma falsa questão, por assentar na concepção de autonomia do direito no Estado liberal, que segundo ele, é uma concepção mistificatória. O espectacular desenvolvimento do intervencionismo estatal no Estado-Providência modificou o direito moderno, quer como direito estatal, quer como direito científico. A crise não ocorreu no direito, mas sim nas áreas sociais que regula. Trata-se, portanto, da crise de uma política – o Estado-Providência – e não da crise da forma jurídica – o direito autónomo. O direito moderno, enquanto conceito muito mais amplo do que o direito estatal moderno, está em crise, não devido à sobre-utilização que o Estado fez do direito moderno, mas devido à redução histórica da sua autonomia e da sua eficácia à autonorma e eficácia do Estado. Os limites da regulação jurídica, essencialmente a

[3] Este enunciado sintético sobre os sistemas auto-referenciais e auto-poiéticos seguem a exposição de Santos (2000) e Guibentif (1993).

"materialização" (ou sobrecarga) e a ineficácia, são problemas politicamente determinados (Santos, 2000: 151; Pedroso, 2001a: 15-17).

Marc Galanter (1993) na sua investigação sobre as transformações do sistema jurídico nas sociedades contemporâneas, centra a sua análise, especialmente, no caso dos EUA, do Reino Unido e Canadá, que me parece poder ser generalizada às denominadas sociedades desenvolvidas e com as devidas adaptações à sociedade portuguesa, conclui que "em cada uma das respectivas sociedades – hoje mais ricas, mais informadas e mais diversificadas:

- há mais leis, mais advogados, mais processos, mais intervenientes estratégicos no jogo do direito; as sociedades gastam mais com o direito, tanto em termos absolutos como em termos relativos;
- as instituições jurídicas (incluindo os tribunais e as sociedades de advogados) funcionam cada vez mais de uma forma racionalizada, à maneira do mundo dos negócios, e com atenção à relação custo-eficácia;
- os advogados, administradores e juízes revelam mais iniciativa e sentido de inovação no modo como concebem e reformulam as instituições e os procedimentos;
- o direito é plural e descentralizado, emanado de uma multiplicidade de fontes;
- o facto de haver mais actores a aplicar mais normas e mais padrões a um conjunto mais variado de situações significa que do ponto de vista jurídico os resultados são contingentes e variáveis: é cada vez mais frequente ver normas fixas serem acompanhadas por padrões dialógicos igualmente variáveis;
- é cada vez mais frequente os resultados serem decididos pela via da negociação e não através de sentença;
- o direito é menos autónomo, menos estanque, mais absorvente, e mais aberto a métodos e a dados provenientes de outras disciplinas;

- uma vez que o direito é contingente, flexível e tecnicamente sofisticado, o trabalho jurídico tende a ficar cada vez mais caro. Por falta de posses, a maioria das pessoas acaba por ser empurrada para fora do mercado, deixando, na maior parte dos casos, de ter acesso directo ao direito;
- o direito funciona, cada vez mais, através de controlos simbólicos indirectos – quer dizer, pela irradiação de mensagens, e não tanto através da coacção física. A participação indirecta, feita através de grupos e dos meios de comunicação, aumenta a um ritmo mais rápido do que a participação directa" (Galanter, 1993: 130-131).

A expansão e transformação do sistema jurídico é incontestável, mas não é feita num único sentido. Por uma das vertentes, temos a sobrecarga do sistema jurídico e um caminho de juridificação das relações sociais anteriormente sujeitos a menos regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais. Mas por outra, as transformações do direito, que assinalámos, chamem-se "judiciarização", "constitucionalização" ou "burocratização"[4] também são processos que, em regra, pretendem trazer mais racionalidade e mais cidadania à vida em sociedade, ou seja, mais respeito e defesa dos direitos de cada cidadão.

Acresce, como resulta das conclusões supracitadas de Galanter (1993), que as transformações do sistema jurídico e judicial em curso apontam em simultâneo por diversos caminhos, por um lado a referida juridificação e a judicialização da resolução de litígios, mas, por outro lado, como analisaremos à frente, a desjuridificação e a tendência da sociedade para a negociação e para a descoberta de novos meios de resolução de litígios fora do tribunal.

[4] "Diversas noções estreitamente ligadas – judiciarização, constitucionalização, burocratização – apelam a diferentes aspectos da juridificação ou são mesmo empregados como sinónimos deste último conceito. (...) A judiciarização refere-se a uma juridificação que se desenvolve através do recurso aos Tribunais. A constitucionalização designa a transformação global das pretensões do direito em pretensões constitucionais. A burocratização significa, no presente contexto, um crescimento da complexidade do pessoal e dos modos operativos acompanhada de uma divisão de trabalho mais ou menos racional." (Friedman, 1993: 321).

1.2. Mais litigação judicial: os conflitos sociais e do mercado em transformação acelerada

Nas sociedades contemporâneas desenvolvidas e complexas os tribunais judiciais têm beneficiado de uma maior alocação de recursos financeiros, de mais funcionários com mais qualificações académicas e profissionais e, ainda, do desenvolvimento do recurso às novas tecnologias de informação. Assim, cresce a "produção" destas instituições, ou seja, o número de processos que conseguem terminar num determinado período de tempo. No entanto, na generalidade dos sistemas judiciais assistimos, em simultâneo, a uma explosão de litigação e a um crescimento da procura a que não conseguem dar resposta. O crescimento dos litígios que chegam aos nossos tribunais não é, todavia, um processo de características idênticas em todas as sociedades. A procura dos tribunais varia, assim, em função do grau de desenvolvimento económico e social, da cultura jurídica, das transformações políticas e do consequente padrão de litigação decorrente da caracterização dos utilizadores dos tribunais judiciais e da relação entre a procura potencial e a procura real e efectiva da resolução de um litígio no sistema judicial (Santos *et al.*, 1996)[5].

Uma breve análise comparada da investigação realizada nos Estados Unidos, onde estes estudos se fazem há mais tempo, e em Portugal, permite concluir que, apesar de se encontrarem tendências semelhantes e constantes no crescimento dos litígios que chegam a tribunal, também há que registar as especificidades resultantes designadamente das diferenças de cultura jurídica e do desenvolvimento económico e social entre as duas sociedades, bem como do diferente estado da evolução dos dois sistemas judiciais.

[5] Sobre a procura efectiva e potencial, a caracterização dos mobilizadores do sistema judicial e a pirâmide de justiça, designadamente da justiça cível ver Santos *et al.* (1996) e Pedroso e Cruz (2001).

1.2.1. Uma leitura da experiência americana segundo Marc Galanter (ou a chegada das empresas ao tribunal)

Para Galanter (1993), a análise da evolução da litigação que chega aos tribunais não é linear, mas sim susceptível de uma leitura complexa. "O mundo da litigação compõe-se de grupos muito variados de casos, cujo aumento e decréscimo é reflexo, não de mudanças globais na propensão para litigar, mas antes de factores específicos como sejam o número e o grau de concentração ou difusão dos litígios ou problemas em questão, a presença ou ausência de outras formas de lidar com esse problemas, a existência de informação disponível sobre as soluções jurídicas a adoptar, e o eventual desenvolvimento de uma competência especializada por parte dos advogados. Há modalidades específicas de processos litigiosos que decrescem ao mesmo tempo que outras vão ganhando importância". Assim, citando Kagan (1984: 323), mostra-nos que nos Estados Unidos as acções por dívidas, apesar do seu crescimento, não têm acompanhado a subida verificada na actividade que lhes é subjacente.

"Estas variações das tendências no que se refere a processos parecem reflectir o alastramento global – embora desigual – de uma expectativa elevada relativamente à justiça e à consciencialização do direito à protecção contra muitos tipos de ofensa ou à respectiva indemnização. Mas nem tal consciencialização é espontânea, nem o seu crescimento chega para explicar, só por si, os padrões que encontramos na utilização dos tribunais. A sua tradução em litigação depende dos valores e dos recursos dos queixosos, bem como das opções de resolução de que estes disponham. Tais opções, por sua vez, são reflexo das mudanças verificadas no contexto institucional mais amplo em que ocorrem os conflitos"[6].

Segundo, ainda, Galanter, a culpa do excesso de litigação não é essencialmente dos queixosos particulares, frequentemente sob o incitamento de advogados mais

[6] "Certos observadores têm sublinhado o contraste entre, por um lado, os Estados Unidos, com um número muito elevado de processos, e, por outro lado, o Reino Unido e o Canadá, com as suas populações supostamente menos legalistas e menos conflituosas. As explicações avançadas para as diferenças observadas (e que nem sempre dão os Americanos como estando mais voltados para a litigação e para a lei) vão desde os incentivos provenientes das normas substantivas ou processuais até ao carácter geral do sistema de indemnizações, passando pelos aspectos mais vastos da cultura e nomeadamente pela maneira como esta encara a adversidade, o infortúnio, a afirmação pessoal, a recompensa, etc." (Galanter, 1993: 111).

agressivos, mas deve-se, pelo contrário, ter em atenção que cada vez um maior número de processos envolve empresas e grandes sociedades de advogados. "É hoje mais frequente do que era no passado as empresas serem alvo de acções de responsabilidade relacionadas com direitos cívicos, com despedimentos ilegais ou com a qualidade dos produtos. E o que é menos visível, mas não menos importante, é que, para tratarem dos conflitos decorrentes das relações que mantêm entre si, elas passaram a servir-se com mais frequência e com maior agressividade do sistema jurídico. Este facto é patente no recrudescimento, nos tribunais federais dos Estados Unidos, de casos relacionados com contratos, propriedade intelectual, e outros ligados ao mundo dos negócios. É cada vez maior o número de litígios da área dos negócios que não são resolvidos entre as partes de acordo com o procedimento informal descrito por Stewart Macaulay (1963/1964) no início dos anos 60. Passou a ser aceitável as empresas apresentarem-se como autoras e processarem outras empresas; há um recurso cada vez maior aos processos litigiosos enquanto estratégia comercial. Deste acréscimo total de processos, há uma parte significativa que é hoje mais complexa e que implica verbas mais altas, além de que existe uma maior quantidade de trabalho de advocacia" (Galanter, 1993: 110-112).

1.2.2. Uma leitura da experiência portuguesa (justiça cível e penal) segundo a investigação do OPJP[7]

A justiça cível

A mobilização e o crescimento dos litígios cíveis que procuram (ou necessitam) a sua resolução na justiça, em Portugal tem sido exponencial. Na justiça cível poderemos considerar que existem duas categorias de agentes mobilizadores: os litigantes frequentes, que são em regra pessoas colectivas (empresas), com capacidade económica para poder gerir de uma forma racional a sua litigância, e os litigantes esporádicos – aqueles que só ocasionalmente recorrem aos tribunais, devido

[7] O OPJP – Observatório Permanente da Justiça Portuguesa é um programa de investigação sobre a justiça portuguesa resultante de contratos com o Ministério da Justiça (1996-1999 e 2000-2004) que está ser realizado no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, dirigido por Boaventura de Sousa Santos.

essencialmente ao elevado custo do litígio e à reduzida importância da questão. Assim, ao mesmo tempo que o sistema judicial é mais procurado pelos litigantes frequentes torna-se mais distante e inacessível para os outros, devido ao seu custo e à sua morosidade. A gestão do sistema judicial cível encontra-se desta forma perante um dilema. Por um lado, o crescimento da procura efectiva e, por outro lado, garantir os direitos daqueles que estão privados do acesso à justiça.

A evolução da litigação cível[8] (acções declarativas cíveis), de 1970 até 2000 (Figura 1), revela um crescimento contínuo até 1998, podendo ser analisado em quatro períodos que entre si apresentam variações mais substanciais. Até 1976, verifica-se um índice de crescimento reduzido, em que o número de processos entrados não ultrapassa os 60 mil; no segundo período de 1976 até 1990, verifica-se que o índice de procura aumenta de forma fulgurante; esta tendência de crescimento é ainda mais acentuada entre 1991 e 1997, momento em que se verifica uma duplicação no montante dos processos entrados (146.833 em 1991 para 314.247 em 1997), registando-se igualmente um crescimento significativo, em cada ano, das acções pendentes (172.178 em 1991 para 333.584 em 1997), como resultado da incapacidade do sistema judicial em responder ao crescimento da procura. No quarto período, de 1998 a 2000, a tendência para o aumento contínuo no número de processos entrados deixa de se verificar (247.148 acções declarativas entradas, ou seja, menos 67.099 processos entrados que em 1997), podendo tal decréscimo ser justificado pela desjudicialização de acções cíveis (divórcio por mútuo consentimento e inventário) e, essencialmente, pela criação do processo de injunção, cujos valores evoluem no sentido inverso aos da litigação processual cível[9]/[10].

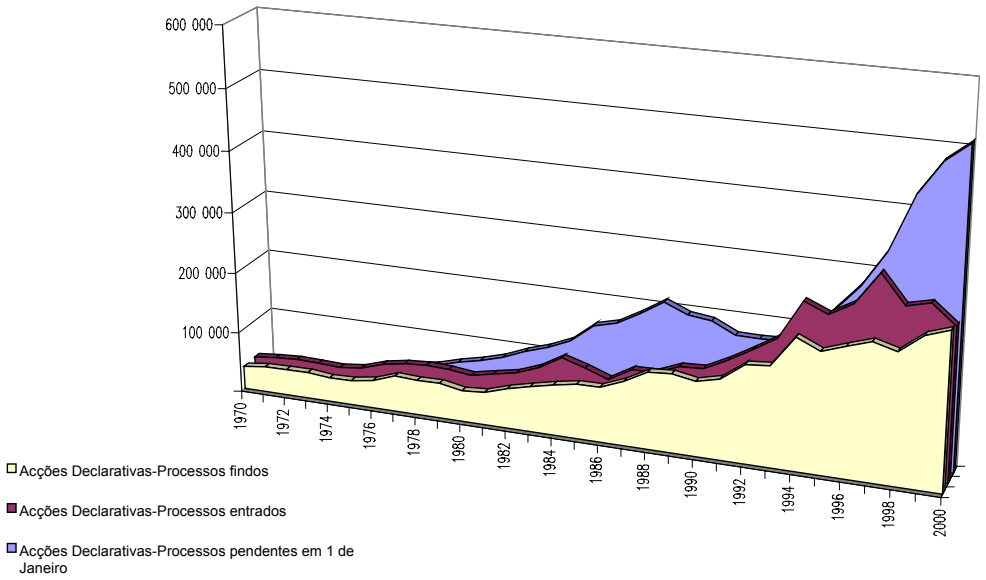
[8] O movimento processual sintetiza e define a variação no montante de processos entrados, pendentes e findos, incluindo-se, para o efeito, todas as acções e processos autónomos, bem como todos os processos que terminem num determinado tribunal, ou que transitem para um outro. Estes valores são condicionados por factores de duas ordens, factores endógenos ou próprios do sistema (alterações legislativas substanciais e processuais), e exógenos ou exteriores a este, tais como transformações sociais, económicas, políticas ou culturais, os quais influenciam e se repercutem no movimento processual.

[9] Como já analisávamos em Santos *et al*. 1996, a distribuição das acções declarativas cíveis por objecto, isto é, por tipo de litígio, dá conta do predomínio das acções para cobrança de dívidas (civis ou comerciais e de prémios de seguro). O segundo tipo de acções declarativas mais frequentes foi o constituído pelas acções de divórcio, de despejo de prédio urbano, referentes a direitos de propriedade e outros direitos reais, posse e as acções de responsabilidade civil por factos ilícitos. Daí uma intervenção desjudicializadora sobre os litígios de "cobrança de dívidas" ou "familiares" como foi efectuada terá a tendência para diminuir a procura do sistema judicial.

No entanto, é de admitir que com a estabilização da resposta suscitada pela providência da injunção e o contínuo crescimento da consciência dos direitos pelos cidadãos e o desenvolvimento do mercado, a tendência para o decréscimo de acções declarativas entradas verificado no último período analisado possa não se manter, pelo que, e com vista a fazer face a esta situação, é necessário continuar a desenvolver os diversos tipos de reforma da administração da justiça[11].

Figura 1

Evolução do movimento processual cível
Acções declarativas pendentes, entradas e findas
(1970-2000)



Ao proceder a uma análise comparada da evolução da entrada de acções declarativas e executivas, somos levado a concluir que o acréscimo destas últimas se desenvolve a um ritmo mais lento que o verificado no âmbito das acções declarativas.

[10] As injunções não ultrapassavam os 3.000 processos até 1998, subindo esse valor para 7.581 em 1998 e aumentando de um modo exponencial em 1999 (104.318 injunções) e em 2000 (145.604 injunções), de acordo com os dados fornecidos pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça.

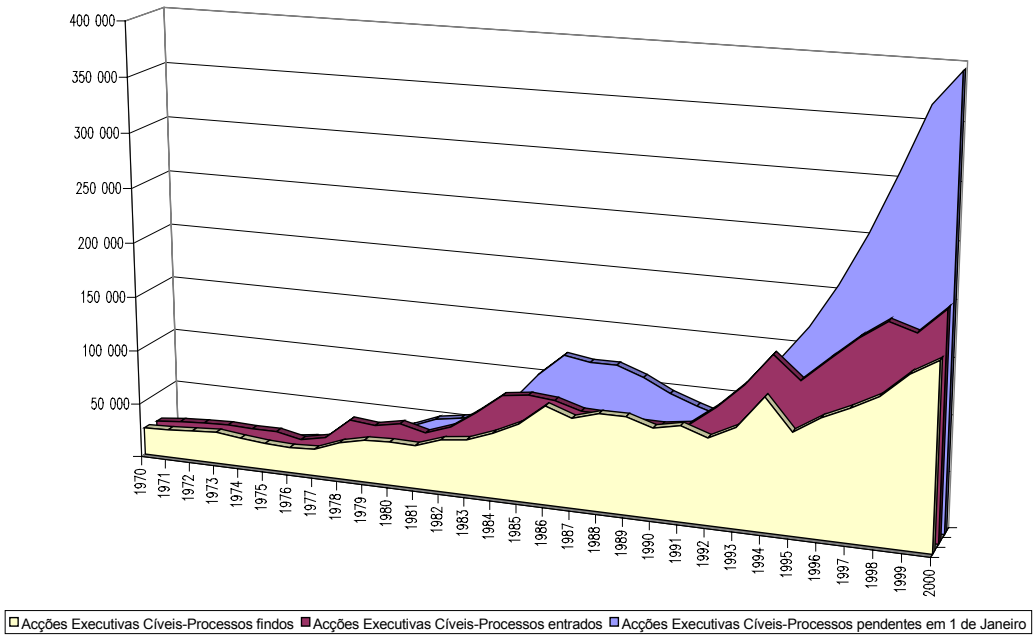
[11] Um bom exemplo de uma reforma em curso, em Portugal, que pode contribuir para diminuir o desajustamento entre a oferta e a procura de justiça cível, sem limitação do acesso dos cidadãos à justiça,

No entanto, desde 1992 tem-se verificado uma verdadeira explosão na procura das acções executivas (de 97.452 acções entradas em 1992, passa para 203.140 em 2000).

A análise da oferta e da procura da justiça nas acções executivas (Figura 2) demonstra de forma evidente que o sistema judicial não se tem revelado capaz de responder satisfatoriamente a esta procura. De facto, enquanto as entradas das acções executivas cresceram mais de 1000%, (de 23.778 em 1970 para 203.140 em 2000) nos últimos 30 anos, o número de processos pendentes cresceu na ordem dos 2000%, (de 14.241 em 1970 para 394.843 em 2000), o que *de per si* permite avaliar a crise existente devido à sobrecarga que afecta esta área do sistema judicial (Pedroso e Cruz, 2001: 22-23).

Figura 2

Movimento processual – Acções Executivas pendentes, entradas e findas (1970-2000)



A justiça criminal

"Igual tendência de crescimento é registada no domínio da justiça penal. Factores económico-sociais conduziram a fenómenos de criminalização (caso dos

é a reforma da acção executiva, que retirará litigação de massa dos tribunais (cobrança de dívidas) para os

cheques sem provisão, consumo e tráfico de droga e condutas rodoviárias) e ao aumento da chamada criminalidade «urbana» (furtos e roubos) associada ao consumo de droga" (Gomes, 2001: 65-66)[12].

Apesar do crescimento do número de processos crime no sistema judicial, é muito significativa a sua discrepância nas diferentes fases processuais. Desde a prática do crime até à decisão judicial em primeira instância há que analisar três momentos decisivos: denúncia/auto de notícia, acusação/ pronúncia e julgamento.

A Figura 3 mostra a evolução dos processos de inquérito entrados no período de 1990-2000, ou seja, a evolução da "criminalidade denunciada" ao Ministério Público e às polícias. Apesar da enorme selectividade da criminalidade denunciada, decorrente da alta taxa de "cifras negras" ou de "vitimização"[13] os processos de inquérito abertos têm registado uma tendência de crescimento contínuo. Em 1990, tinham entrado no sistema 297.018; cinco anos depois, o número de inquéritos abertos tinha aumentado 40,2%, com 416.506 processos. Em 1996, registaram-se 431.185; em 1998, 395.799 e, em 2000, 454.537 (Figura 3). Apenas de 1997 a 1999 o volume da criminalidade denunciada apresenta alguma diminuição e estabilização. Trata-se, contudo, de uma moderação aparente que se deve, maioritariamente, à descriminalização da emissão de cheques sem provisão, designadamente, com função de garantia a partir de 1 de Janeiro de 1998 e à sua consequente exclusão do sistema de justiça penal (cfr. Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro). No ano de 2000, o número de inquéritos voltou a subir, o que poderá significar um crescimento da criminalidade e/ou um crescimento da taxa de denúncia e/ou uma maior eficiência das polícias, designadamente no que se refere à criminalidade urbana.

"solicitadores de execução" ou para as "secções de execução".

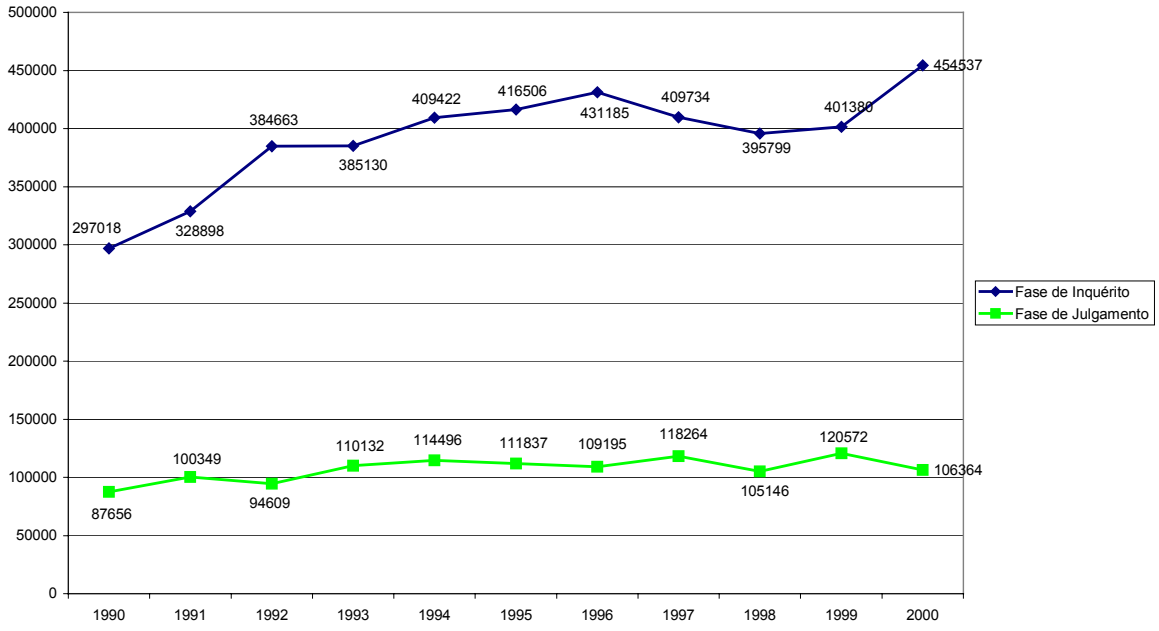
[12] A este crescimento quantitativo da criminalidade, exponencialmente iniciado no princípio da década de 80, seguiu-se, nos anos mais recentes, uma transformação qualitativa dominada por dois tipos de criminalidade: a chamada criminalidade complexa, porque cometida a nível internacional com sofisticados recursos financeiros e administrativos por indivíduos "com poder", e pelo desenvolvimento da criminalidade urbana, constituída essencialmente por delitos contra a propriedade, que está relacionada com o tráfico e o consumo de droga.

[13] Almeida e Alão (1995), através do inquérito de vitimação de 1994, estimam que a criminalidade conhecida representa 28% da criminalidade real, o que significa uma taxa de 72% de crimes não denunciados.

Apenas os processos com despacho de acusação ou pronúncia chegam à fase de julgamento, o que significa que o número de processos entrados nesta fase depende, sobretudo, da taxa de acusação. Estamos, pois, no segundo momento crítico de selecção da criminalidade.[14] A Figura 3 mostra-nos, ainda, que é muito relevante a discrepância entre o volume da criminalidade registada e a criminalidade que chega à fase de julgamento, que representa, em média, menos de 1/3 daquela. O número de processos em julgamento tem mantido uma certa estabilidade, oscilando desde 1993 entre 105.146 (1998) e 120.572 (1999), dado que o crescimento dos inquéritos no ano 2000 só se repercutirá na fase de julgamento em 2001 e 2002.

Figura 3

Evolução dos processos crime entrados: inquérito/fase de julgamento (1990-2000)



Fonte: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça

Apesar das reformas moderadoras da procura introduzidas nas últimas décadas, quer a litigação cível, de uma forma mais acentuada, quer a litigação penal, cresceram no sistema judicial, incapacitando-o de dar uma resposta mais eficiente e adequada a essa demanda.

[14] O terceiro momento crítico de análise da criminalidade afere-se pela discrepância entre os arguidos que chegam a tribunal e os que são condenados, em que não nos detemos no presente texto.

2. A administração da justiça entre a(s) crise(s) e a(s) reforma(s)[15]

Os "tribunais têm vindo a ser duramente criticados, particularmente em Itália, França, Portugal e Espanha, pela sua ineficiência, inacessibilidade, morosidade, custos, falta de responsabilidade e de transparência, privilégios corporativos, grande número de presos preventivos, incompetência nas investigações, entre outras razões" (Santos *et al*., 1996).

Nas últimas décadas ocorreu em diversas sociedades, designadamente em Portugal, uma ruptura que deu origem a uma crise da justiça, decorrente, como escrevemos anteriormente, do crescimento da demanda judicial e da sua "colonização" pela cobrança de dívidas tanto na jurisdição cível (acções declarativas e executivas) como na penal (cheques sem provisão) que é acompanhada nas zonas urbanas pelo crescimento do crime de furto e de roubo, em regra relacionado com o consumo de estupefacientes. A par de algum protagonismo dos Tribunais (crimes de "colarinho branco") o seu desempenho é, assim, abafado e banalizado por uma explosão de litigiosidade "rotineira" e por uma insuficiência de recursos para responder a este aumento da procura.

Esta situação de ruptura é comum à generalidade dos denominados países desenvolvidos e é originada essencialmente, como referimos, num crescimento explosivo da procura dos tribunais pelas empresas, que como litigantes frequentes demandam , em regra, cidadãos consumidores, que não pagam atempadamente os bens e serviços que adquirem. Para evitar a ruptura dos sistemas judiciais, os diversos Governos têm promovido uma pluralidade de reformas[16] designadamente da administração judicial. A sua análise comparada e os estudos da sociologia da administração da justiça permitem enquadrar essas reformas em quatro tipos.

O primeiro é defendido, em regra, pelos profissionais e a solução reside no aumento quantitativo dos recursos ("mais tribunais", "mais juízes", "mais

[15] A reflexão constante neste ponto do Relatório sobre a crise da administração da justiça e as reformas processuais foi anteriormente efectuada em Pedroso (2001b).

[16] Assim, ao longo dos últimos anos, as reformas da administração da justiça têm balançado, nos países periféricos, entre a indiferença e o crescente interesse das agências internacionais em aí implantar

funcionários") e tem como obstáculo a incapacidade financeira do Estado para alargar indefinidamente o orçamento da justiça. O segundo é essencialmente defendido pelos cientistas sociais, administradores e políticos, para os quais a solução é uma reforma "tecnocrática e gestionária", que consiste numa melhor gestão dos recursos, o que envolverá alterações na divisão do trabalho judicial, a delegação do trabalho de rotina e um processo judicial mais expedito. Tais soluções tendem a ser inviabilizadas por magistrados e advogados, mais preocupados com a eventual perda do controlo da actividade judicial, e que resistem de forma passiva através das rotinas estabelecidas e dos interesses que elas acabam por criar e reproduzir. O terceiro aposta na reforma da "inovação e tecnologia", na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com sofisticadas inovações técnicas, que vão do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, das técnicas de planeamento de longo prazo à elaboração de módulos de cadeias de decisão. Estas reformas envolvem a criação de novos perfis profissionais e novas formas processuais, pelo que, se aplicadas, produzirão alterações profundas na organização do trabalho e no actual sistema de autoridade e hierarquia. O quarto tipo de reformas caracteriza-se pela elaboração de "alternativas" ao modelo formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça. Os novos modelos emergentes têm constituído o movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*, ou mais recentemente, *Amicable Dispute Resolution*), consistindo na criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que permitem desviar a procura dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas[17]/[18].

A criação e divulgação de centros de arbitragem – para conflitos entre empresas, entre estas e consumidores e entre estas e trabalhadores – e de outras formas de RAL, como a mediação e a conciliação no domínio das relações familiares, dos conflitos da

sistemas judiciais (Santos, 1999) e, nos países centrais e semi-periféricos, entre o que se pode designar por uma "administração tecnocrática da justiça" e por "desjudicialização da justiça" (Santos, 1982).

[17] Sobre o crescente desenvolvimento de uma justiça não estadual, seja em virtude do fenómeno da contratualização (concorrência por baixo), seja pela sua internacionalização, manifestada na criação de jurisdições internacionais, de vocação universal ou regional (concorrência por cima), consultar Cadiet (1997: 65). O autor chama a atenção para a importância das formas de RAL não excluírem o recurso ao tribunal como segunda instância.

[18] Para uma discussão mais aprofundada sobre a crise da justiça civil e do desenvolvimento das formas de RAL como solução, consultar Pedroso e Cruz (2000).

terra, das relações de vizinhança, de condomínio, etc., bem como o aparecimento de entidades e profissões que assumem a gestão/resolução de litígios e a própria autoregulação das profissões, são mecanismos que permitem aliviar os tribunais e, sobretudo, tornar a resolução destes litígios mais flexível, mais próxima das partes, mais simples, mais rápida e por vezes também mais barata. Mais importante do que esse efeito, e com maior frequência, algumas formas de resolução alternativas de litígios (RAL) permitem responder à procura suprimida que de todo não chegaria ao sistema judicial.

Na escolha das respostas a dar à referida crise da justiça, é imperativo efectuar a ponderação entre as três dimensões em que a justiça assenta, a procura de uma decisão justa, o custo e o tempo decorrido (Zuckerman, 1999). Acrescem a estes factores o da justiça ser um serviço público, e como tal sujeito a restrições orçamentais, o que torna a sua qualidade directamente dependente dos recursos existentes. Assim, a escolha do modelo a seguir está dependente dos recursos financeiros disponíveis e deverá fundar-se numa solução de compromisso, não só entre as três dimensões referidas, mas atendendo também às efectivas necessidades da comunidade e do mercado no seu enquadramento actual.[19]

Estas reformas devem, ainda, ser analisadas em três sentidos: primeiro, é se criam uma maior assimetria do sistema judicial e, consequentemente, uma maior assimetria da dominação jurídico-política; segundo, se a resolução alternativa de litígios pela mediação, conciliação e arbitragem, não se tornaria repressiva por não ter poder coercitivo para neutralizar as diferenças de poder entre as partes; terceiro, se a resolução alternativa de litígios, nas suas diversas formas, mediação, conciliação e arbitragem, será um mero caminho para retirar sobrecarga aos tribunais ou pode, também, ser um meio de desenvolver e acentuar o acesso ao direito e à justiça (Santos, 1982: 9-33).

A reforma da administração da justiça, em sentido amplo, passa inevitavelmente pela adopção de um modelo distinto do actual, compreendendo uma articulação entre os vários tipos de reformas propostas e designadamente a "criação" de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que sejam alternativas, que substituam ou complementem, em

áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem, em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível (Pedroso, 2001b).

3. A construção da justiça alternativa, complementar ou substitutiva dos tribunais judiciais: a informalização e a desjudicialização, dois caminhos nem sempre convergentes

3.1. Em busca dos conceitos: da desregulação à informalização e à desjudicialização

A reforma da administração da justiça no âmbito deste novo modelo obriga necessariamente à criação ou ao reconhecimento dos meios não judicias de resolução de litígios. Ora, dentro desse tipo de reformas encontramos os processos e meios de informalização e de desjudicialização que se integram num movimento mais amplo de desregulação social, ou seja, de "diminuição ou supressão de todas as formas de regulação social das condutas humanas". Num sentido mais específico, desregulação significa, ainda, "diminuição ou supressão de uma forma específica de regulação social, como seja o direito em geral (desjuridificação), a lei (deslegalização) ou regulamentação administrativa (desregulamentação) em particular". No entanto, é sabido que os processos de desregulação são acompanhados de novos meios de re(re)gulação social e que "do ponto de vista da teoria e da sociologia do direito é de sublinhar que uma certa baixa de pressão jurídica sobre determinados comportamentos não significa necessariamente uma baixa de qualquer outra forma de regulação social" (Van De Kerchove, 1993: 178)[20].

Em simultâneo com o processo de juridificação referido no início deste capítulo, desenvolve-se também um processo de desjuridificação que consiste no "recuo de certas

[19] Estamos a citar parcialmente Santos *et al.* (2000, capítulo 13: 3-14).

[20] A desjuridificação de um determinado comportamento não significa que a sua regulação social não seja efectuada por outros conjuntos de normas jurídicas não estaduais, ou ainda, como a moral ou a religião. Com este conceito pretende-se abarcar a mesma realidade que os autores anglo-saxónicos designam por *delegalization*.

formas específicas de intervenção do direito, bem como dos valores que lhe estão tradicionalmente associados" (Van De Kerchove, 1993: 178). Assim, com o conceito desjuridificação deve-se entender uma "baixa mais ou menos considerável de pressão jurídica" sobre determinados factos (Jean Carbonnier *in* Van De Kerchove, 1993: 178). Os processos de desjuridificação assumem uma multiplicidade de formas que, por vezes, têm natureza e forma híbrida, mas que numa perspectiva analítica devemos classificar em três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização (Figura 4).

O conceito de deslegalização pode ser entendido de um modo qualitativo ou de um modo quantitativo. No primeiro sentido, devido à inflação legislativa, a lei perde todas as qualidades específicas que associamos tradicionalmente à lei (generalidade, abstracção e durabilidade).

No segundo sentido, deslegalização significa "redução de intervenção da lei na regulação dos comportamentos" (Van De Kerchove, 1993: 179). A deslegalização pode ser analisada como um fenómeno de progressão do "não direito", em geral, e, em especial, de despenalização e de desregulamentação, designadamente administrativa.

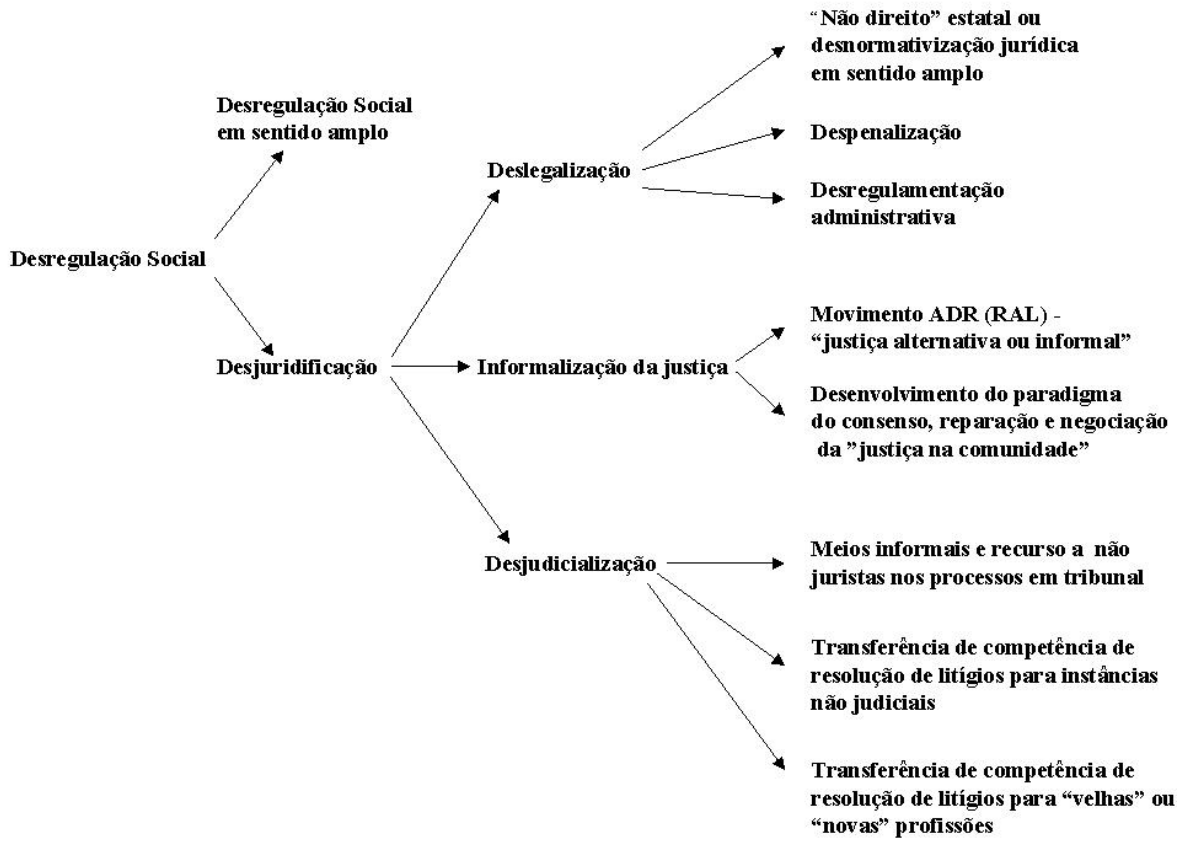
O "não-direito" é um conceito de Jean Carbonnier válido e útil enquanto entendido como "não-direito" estadual, ou seja, nas situações em que se recusa a entrada do direito ou um conjunto de relações humanas que o direito não regula. "As principais hipóteses de "não-direito" visam a autolimitação do direito, a autoneutralização do direito, a resistência do facto ao direito e inúmeras situações que não são enquadráveis em relações jurídicas ou em que há uma "baixa mais ou menos considerável da pressão jurídica" (Arnaud, 1993: 389). No contexto do presente estudo, o conceito de "não-direito" abrange as situações das relações sociais que não são reguladas pelo direito estadual ou que deixaram de ser reguladas por esse direito estadual.

A "despenalização", como outros conceitos, é usado pelos diversos autores com múltiplos sentidos. O que me parece mais adequado é aquele conceito em que um qualquer comportamento humano deixa de ser regulado pelo direito penal em sentido amplo, seja o direito criminal (descriminalização) ou o direito penal administrativo, ou, mais hodiernamente, o direito de mera ordenação social. A despenalização pode

significar uma deslegalização total, dado que aquela relação humana passa para o âmbito das relações sociais que não são reguladas pelo direito estadual (não-direito), ou uma deslegalização meramente penal, dado que a relação social em questão passa a estar regulada por um outro ramo de direito não-penal[21].

Figura 4

Os processos de desjuridificação



Por seu lado, a desregulamentação em sentido próprio, significa o recuo ou desaparecimento das normas jurídicas que se qualificam como "regulamentares" ou seja, as que emanam do governo e da administração. Este fenómeno, em regra, coincide com processos de desburocratização. Frequentemente, a desregulamentação coincide com os processos de (re)gulamentação em outra área do direito, pelo que haverá uma

[21] Despenalização, neste entendimento, não significa a substituição de uma sanção penal por outra. A sanção penal poderá ser abolida ou ser substituída por outra sanção penal menos grave, ou por sanções não-penais (sanções puramente civis, medidas de regularização, medidas de conciliação, medidas fiscais de dissuasão ou de estímulo, sanções disciplinares, educativas ou terapêuticas) – substituição interna dentro do direito.

desregulamentação efectiva quando determinado comportamento deixa de ser regulamentado juridicamente.

As situações de deslegalização que acabámos de referenciar são também naturalmente situações de desjudicialização, dado que são relações sociais que deixam de ser regulamentadas pela lei e consequentemente os conflitos delas decorrentes que venham a transformar-se em litígios estão "fora" do direito estadual, pelo que, em princípio, não poderão ser resolvidos nos tribunais judiciais.

Na prossecução deste esforço analítico há a considerar que os processos de desjuridificação incluem ainda as categorias de "informalização da justiça" e de "desjudicialização". Estes processos inserem-se no referido quarto tipo de reformas referido inicialmente, através de criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas que assumem a resolução de litígios outrora privativa dos tribunais judiciais. Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial.

Os conceitos de justiça alternativa ou informal de resolução de litígios nasceram "fora do direito estadual" e corresponde-lhes um conjunto de práticas e de processos, mais ou menos informais de resolução de conflitos, com o recurso, em regra, a uma terceira parte, que permite prevenir ou resolver o referido litígio. Este tipo de justiça privilegia formas de justiça mais ou menos espontâneas geradas no seio das comunidades, privilegiando os meios da negociação e consenso. O desenvolvimento destes processos alternativos ou informais de resolução de litígios constitui um movimento de pensamento aparecido nos anos 60/70, que questionava a centralidade dos modos jurisdicionais em matéria de regulação social, preferindo os modos informais, descentralizados, fazendo apelo à participação activa das partes e dos cidadãos na resolução dos seus conflitos (Bonafé-Schmitt *in* Arnaud, 1993: 11).

O conceito de desjudicialização, por seu turno, é concebido no quadro do direito estadual e do sistema judicial como resposta à incapacidade de resposta dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à "irrazoável" duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Os processos de desjudicialização

têm consistido essencialmente, por um lado, na simplificação processual, recurso dos tribunais dentro do processo judicial a meios informais e a "não-juristas" para a resolução de alguns litígios. Por outro lado, desenvolve-se através da transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais ou para o âmbito de acção das "velhas" ou "novas" profissões jurídicas, ou mesmo das novas profissões de gestão e de resolução de conflitos.

3.2. Os caminhos da informalização e da desjudicialização

3.2.1. O movimento ADR (RAL)

Nas últimas décadas, assistimos a um enorme impulso no estudo, debate e interesse por formas alternativas aos tribunais para a resolução de litígios, ou seja, pelo denominado movimento ADR. Este movimento caracteriza-se pela defesa da existência de um conjunto de outros mecanismos de resolução dos litígios, como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, constituindo estes um sistema alternativo de resolução de conflitos.[22] O movimento ADR propõe novos modelos de resolução de conflitos, mas também novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de litígios, uma vez que muitas das técnicas apontadas são bastante antigas. É o caso da arbitragem comercial, que remonta ao século XVIII, ou da mediação, usada há décadas nas relações laborais.

As raízes *filosóficas* do movimento encontram-se nas décadas de 60/70, na promoção do acesso ao direito e à justiça, nos Estados Unidos da América. Esta foi uma década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária; pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; pela desvalorização

[22] O movimento que em França assumiu a sigla MAC (*Médiation, Arbitrage, Conciliation*), em Portugal é denominado Resolução Alternativa de Litígios (RAL). Mas, não podemos afirmar que em Portugal haja um movimento, dado que só recentemente se começou a valorizar os meios não judiciais de resolução de litígios. As experiências mais adiantadas e mais interessantes são as das Comissões de Protecção de Menores, agora Comissão de Protecção de Crianças e Jovens, com 10 anos de vida (Pedroso, Gersão *et al.*, 1998), e as dos Centros de Arbitragem (Pedroso e Cruz, 2000), instituídas em Portugal nos últimos 15 anos. Ainda a dar os primeiros passo encontram-se a mediação familiar e os Julgados de Paz.

do conceito profissional de justiça em detrimento da autocomposição. Nesse sentido, surgiu uma vaga de estudos antropológicos que chamou a atenção da sociedade para as origens dos meios de resolução comunitária de litígios, com formas mais simples, no significado e na estrutura, e com menor propensão para a burocratização e o monopólio dos profissionais (Mackie, 1991: 2). Deste modo, surge como natural a procura de outros meios para a resolução dos conflitos, por contraposição ao sistema judicial tradicional (Pedroso, 2001b).

A análise das instâncias e processos de resolução de litígios informal e alternativos à justiça deve ter em consideração a sua dimensão institucional, o grau de formalismo, a natureza do processo da decisão (Bonafé-Schmitt, 1993: 13). A combinação destes critérios permite-nos encontrar uma gradação destes meios e processos de resolução de litígios. Na base da escala teremos a autoregulação e a autocomposição de litígios, com ou sem recurso a uma terceira parte com o papel de conselheiro ou de informador sobre os direitos da pretensa vítima/lesado. Segue-se a conciliação, depois a mediação e, por último, "um conjunto de processos particulares de arbitragem e de formas híbridas que se aproximam dos modos jurisdicionais de resolução de conflitos".

As sociedades, em regra, são ricas em mecanismos de autoregulação e de autocomposição de litígios, isto é, os litigantes com ou sem recurso a uma terceira parte conselheira ou prestadora de informações jurídicas ou técnicas conseguem resolver os seus litígios. Este recurso a uma terceira parte (conselheiro, conciliador, mediador ou mesmo juiz e árbitro enquanto buscam o acordo) que facilita e promove o acordo consubstancia o que Ferreira (1998) e Cruz e Pedroso (2000) chamaram de autocomposição assistida.

A conciliação é um processo geralmente informal pelo qual as partes, com ou sem a intervenção de um terceiro, tentam encontrar uma solução para o seu litígio. Ao invés de outros modos de resolução de conflitos, a conciliação não implica necessariamente a intervenção de um terceiro, pois as partes podem, elas próprias, levar a cabo um processo de conciliação. Nos casos em que intervém um terceiro, o seu papel é desde logo convidar as partes a discutir o litígio, restabelecendo a comunicação entre elas e, em segundo lugar, ajudá-las a encontrar as soluções possíveis. Ao contrário do

árbitro, o papel do conciliador não é resolver o diferendo e não dispõe do poder de impor a sua decisão às partes (Le Roy *in* Arnaud, 1993: 13).

Pode falar-se em dois tipos de conciliação: formal e informal. Na conciliação formal o processo de conciliação apresenta certo formalismo, designadamente quanto à designação dos conciliadores, no plano processual e decisório. A realização do acordo pode dar lugar à elaboração de um documento com a forma de processo verbal de conciliação ou de uma transacção. O paradigma das conciliações formais são as conciliações judiciárias. Por conciliação informal entende-se o reagrupamento de todas as iniciativas tomadas por uma terceira pessoa, seja por carta, telefone ou outra via, com o fim de aproximar os pontos de vista das partes, quando estas não pretendem encontra-se. Neste tipo de conciliação, utilizado por algumas associações de consumidores ou de locatários, o formalismo é reduzido ao mínimo. O acordo pode assumir a forma de uma troca de cartas ou de anuência tácita (Bonafé-Schmitt *in* Arnaud, 1993: 13).

A mediação pode definir-se como um processo a maioria das vezes formal, pelo qual um terceiro neutro tenta que as partes encontrem uma solução para o conflito, em encontros destinados ao confronto dos seus pontos de vista. Tal como na conciliação, o mediador apenas assiste as partes a encontrarem uma solução que satisfaça os seus interesses, não tem qualquer poder para resolver o diferendo ou impor uma decisão. A mediação é, pois, um processo intermédio entre a conciliação e a arbitragem, visto implicar a intervenção de um terceiro, o que nem sempre acontece na conciliação. Esse terceiro não detém qualquer poder para resolver o litígio.

De acordo com Benoît Bastard (*in* Arnaud, 1993: 13), à semelhança do que sucede na conciliação, podem opor-se os diferentes processos de mediação de acordo com o grau do seu formalismo. Existem processos de mediação formal regulamentados por textos legislativos ou de origem convencional cujo desenrolar se pode assemelhar a um procedimento judicial (audiências, troca de peças, presença de defensores). No plano decisório os mediadores podem estabelecer acordos de *mediação* ou de *transacção*. As mediações judiciais são a forma mais acabada destas mediações formais e em certos casos constituem uma fase obrigatória, como sucede no âmbito do divórcio, nos Estados Unidos, ou facultativa, como é o caso das experiências de mediação penal em França ou nos Estados Unidos.

Ao contrário destes processos de mediação muito formais, existem modelos de mediação informal que podem assumir diversas vestes consoante o grau de formalismo. A mais conhecida é a "diplomacia da *navette*". Trata-se de uma mediação indirecta, visto que as partes não se encontram, cabe ao intermediário do mediador estabelecer a comunicação, evitando o encontro entre as partes. Este tipo de mediação é por vezes utilizado pelas associações de mediação comunitária de bairro quando uma das partes do conflito, apesar de aceitar a intervenção de um terceiro, recusa encontrar-se com a outra parte.

A arbitragem é um processo formal pelo qual as partes, de comum acordo, aceitam submeter o litígio a um terceiro que terá a tarefa de o resolver, após ter ouvido e estudado os respectivos argumentos. O árbitro, ao contrário do mediador e do conciliador, tem por missão resolver o litígio, e a sua decisão vincula as partes. Neste sentido, a arbitragem aproxima-se muito dos modos jurisdicionais de regulação de litígios e pode dizer-se que se trata de uma instituição de "natureza híbrida e complexa", entre o contrato e o julgamento (Rubellin-Devichi *in* Arnaud, 1993: 14). De facto, o processo de arbitragem assemelha-se muito a uma "justiça privada", pois permite às partes escolherem o seu juiz, e ainda, escolher por via convencional a missão a atribuir ao árbitro (Bonafé-Schmitt *in* Arnaud, 1993: 14). A constituição do Tribunal Arbitral pode ser *ad hoc*, para aquele caso concreto, ou integrar um centro de arbitragem (arbitragem institucional). De acordo com a legislação em vigor, em diversos estados, os árbitros podem julgar de direito ou em equidade. Nos Estados Unidos, onde a arbitragem está muito desenvolvida, destacam-se as *Binding Arbitration*, ou seja, os casos em que as decisões do árbitro se impõem às partes e as *Last Offer Arbitration* que atribuem ao árbitro a possibilidade de escolher entre as posições finais das partes (Golberg *in* Arnaud, 1993: 14)[23].

[23] A Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, estabelece o actual regime jurídico da arbitragem em Portugal. No que respeita à delimitação dos litígios que podem ser objecto de resolução pelo tribunal arbitral, o diploma não comporta inovações, referindo o artigo 1.º que pode ser submetido ao tribunal qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. Dele se excluem os conflitos submetidos por lei especial exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária (cfr. artigo 1.º, n.º 1). Para além disso, de acordo com o artigo 1.º, n.º 3, as partes podem, por acordo, considerar abrangidos no conceito de litígio quaisquer outras questões para além das de natureza contenciosa em sentido estrito. Fica deste modo aberta a possibilidade de se sujeitar a arbitragem questões relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem. A Lei n.º 31/86 é

Para além da conciliação, da mediação e da arbitragem, os modos mais comuns de alternativas à justiça tradicional, existem outros modos de resolução dos conflitos que, em regra, são formas híbridas entre os modos não-jurisdicionais ou entre estes e os modos jurisdicionais de regulação de litígios. O exemplo-tipo destas formas híbridas é a mediação-arbitragem. Neste procedimento, o mediador-árbitro desempenha o papel de mediador e, no caso de insucesso, transforma-se, a pedido das partes, num árbitro que fará recomendações e que resolve o conflito. É nos Estados Unidos que se encontra a maioria destas formas alternativas, são elas: *Mini-Trial, Moderated Settlement Conference, Summary Jury Trial, Court-Annexed Arbitrations* (Golberg *in* Arnaud, 1993: 14; Palmer e Roberts: 1998: 347).

O *Mini-Trial* é um processo particular de regulação de conflitos que consiste, para as partes, na apresentação dos seus argumentos seja a uma terceira parte imparcial, seja a um painel de pessoas previamente seleccionadas. O procedimento é informal e confidencial, o que favorece a negociação entre as partes. As partes não ficam obrigadas pelo parecer que o terceiro ou o painel emitem, mas caso o aceitem, podem dar-lhe a forma de um acordo escrito. As *Moderated Settlement Conference* são outra forma híbrida de regulação de conflitos, que intervém no início do processo judiciário e que consiste numa apresentação, pelos advogados das partes, das posições dos seus clientes a um painel de terceiros constituído, em regra, por advogados. O painel avalia o diferendo e apresenta possíveis soluções. Tal avaliação não vincula as partes e o processo é confidencial. O *Summary Jury Trial* aproxima-se da *Moderated Settlement Conference* por também fazer recair a avaliação do caso. Porém, no *Summary Jury Trial* essa avaliação é feita por um painel de jurados. Este método permite aos advogados ter uma ideia da percepção dos jurados sobre o litígio em questão. Tal como nos tipos de resolução de litígios acima expostos, também este não vincula as partes.

dominada pelo princípio da autonomia privada, reconhecendo-se às partes, dentro dos limites fixados por lei, o poder de auto-regulamentação dos seus interesses. São disso exemplo as regras respeitantes à constituição e funcionamento do tribunal arbitral, designadamente os artigos referentes à composição do tribunal (artigo 6.º), à designação dos árbitros (artigo 7.º), à determinação do lugar da arbitragem e as regras do processo. É importante realçar que de acordo com o artigo 15.º, n.º 2 as partes podem acordar, no que toca às regras do processo e local de funcionamento do tribunal, na escolha de um regulamento de arbitragem emanado de uma entidade autorizada a organizar arbitragens institucionalizadas ou a escolher uma dessas entidades para organizar a arbitragem (artigo 15.º, n.º 2) (Pedroso e Cruz, 2000: 173-174).

Existem outros modos alternativos de resolução de conflitos que fazem apelo directamente à arbitragem, como os *Court-Annexed Arbitrations.* Nestes procedimentos de arbitragem é o juiz que reenvia um caso a um árbitro, a um advogado ou a um não-profissional. Pode ainda referir-se o procedimento do *Fact Finding*, sobretudo utilizado nos Estados Unidos nas negociações no sector público. O objectivo do *Fact Finding* é, a partir de informações fornecidas pelas partes e de investigações complementares, elaborar recomendações para a resolução de litígios (Goldberg *in* Arnaud, 1993: 14).

O ADR, em síntese, não é um movimento homogéneo, agrupa profissionais de gestão de conflitos, movimentos comunitários e religiosos, e assenta, como referimos, no princípio de questionar a centralidade dos modos jurisdicionais em matéria de regulação social. Em graus diversos, as diferentes componentes do movimento defendem uma certa ideologia de informalismo. Assim, os profissionais do direito pretendem diminuir a duração e o custo dos processos e simplificar a complexidade dos procedimentos, o que explica o desenvolvimento destes meios no âmbito dos negócios e das empresas. Os outros profissionais de regulação colocam o acento na inadaptação do sistema judicial para a resolução de certos tipos de conflitos, designadamente ambiente, interesses difusos, múltiplas partes, pelo que propõem técnicas mais informais como a mediação.

O movimento ADR surge, assim, como um movimento plural, dado que engloba variadas formas para resolver litígios. A intervenção de uma terceira parte varia consoante o papel que esta desempenha, ou seja, um papel mais ou menos interventor na tentativa de solucionar o litígio. Segundo Mackie (1991: 12), o seu papel pode ser representativo (conselheiro do cliente ou advogado); facilitador (conciliador ou mediador); provedor (serviço de reclamações, *ombudsman*); adjudicador (árbitro). A intervenção da terceira parte, no que se refere à conciliação, mediação e arbitragem, situa-se entre o mero auxílio prestado às partes em litígio até à situação de estas atribuírem à terceira parte um poder decisório com carácter vinculativo.

Os ADR (RAL) assumem, ainda, múltiplas formas, desde instituições de resolução de litígios criados pelo Estado a outras criadas por actores sociais ou, ainda, a outras, como os centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal, que combinam na sua génese e funcionamento uma partilha de responsabilidades entre a

União Europeia, o Estado Central e Local (os Municípios) e as associações de consumidores e de produtores e comerciantes (Pedroso e Cruz, 2000; Pedroso, 2001a e 2001b). É, assim, constituído por meios informais ou formais não judiciais de resolução de litígios e tem uma matriz comum, mas um caminho cheio de diferenças e bastante plural. São bastante diferenciados quanto aos litígios que podem resolver (dos comerciais, passando pelos familiares, aos de consumo), quanto às formas da sua composição (da negociação assistida à heterocomposição), aos seus promotores (mercado, Estado, comunidade e parceria), ao espaço de intervenção (transnacional, estadual e local), ou à importância do discurso. A negociação, a conciliação e a mediação têm um espaço de retórica jurídica – decisão negociada – muito superior à arbitragem, em que a solução é imposta – adjudicação (Pedroso, 2001b).

3.2.2. A(s) ideologia(s) da justiça informal ou alternativa: informalização, consenso e reparação

As alternativas aos tribunais judiciais não se limitam simplesmente a uma renovação das técnicas de gestão de conflitos, mas constituem, como referimos, uma corrente de pensamento aparecida nos anos 60/70. Os movimentos comunitários e/ou religiosos pretendem, com o desenvolvimento destas alternativas à justiça, um meio de promover um novo modelo de justiça, menos conflitual e mais consensual, que permite à comunidade reapropriar-se da gestão dos conflitos com a intervenção de não profissionais. Estes movimentos desenvolvem sobretudo experiências de mediação em matéria penal, de vizinhança e mesmo escolar, com a formação de mediadores pertencentes a diferentes comunidades. No entanto, no movimento ADR não encontramos uma ideologia, mas uma pluralidade de ideologias, o desenvolvimento deste fenómeno em todos os domínios da vida social, da família à escola, passando pelo bairro, sem esquecer a prisão, parece traduzir a emergência de novos modelos de regulação social, fundados na descentralização, na desprofissionalização, e na desjudicialização. Esta concepção repousa sobre a hipótese que a diversidade e a complexidade da vida social encorajam o desenvolvimento de modos descentralizados de resolução de litígios, permitindo assim aos cidadãos reapropriarem-se dos meios de

gestão/resolução dos conflitos. Este modelo de regulação traduz não somente as mudanças na distribuição e organização do poder, mas também uma redefinição das relações entre o que chamamos a sociedade civil e o Estado e, mais particularmente, na atribuição de legitimidade a quem pode resolver litígios.

Muitos autores denunciam esta "ideologia da harmonia" que não tem em conta a desigualdade dos poderes dentro da sociedade, pelo que repousa sobre a negação dos conflitos, dado que não previnem as causas mas a sua expressão. Esses autores sublinham que os defensores desta ideologia encorajam as partes a não ver nos procedimentos judiciais mais que alienação e custos excessivos e não aceitam que se reduzam os conflitos sociais a problemas de comunicação e os litígios sobre direitos a meros diferendos relacionais ou afectivos. A ideologia da harmonia é portadora de um certo modelo de sociedade baseado na crença que todos partilham os mesmos objectivos, os mesmos valores, o que favoreceria a pacificação das comunidades através do controle exercido pela própria sociedade (Bonafé-Schmitt, 1993: 14-15).

As críticas apontadas devem manter-nos vigilantes de modo a que não sejam ocultados os conflitos sociais e as desigualdades entre os litigantes. Mas, não se vislumbra razão para que os litígios não sejam dirimidos de um modo informal, desde que garantida a possibilidade das partes defenderem os seus direitos. Assim, não haverá razão para que não se desenvolva em todas as áreas de litigação (laboral, criminal, civil, etc.) a possibilidade dos interessados individuais ou colectivos autocomporem os seus litígios por consenso e de acordo com regras da equidade, procurando a reparação e não a vitória sobre o outro litigante. O desenvolvimento desta ideologia do consenso e da compensação ou da reparação é visível tanto no âmbito da "tradicional" justiça cível, na justiça de família, de menores e mesmo na justiça penal, com a transformação gradual dos fins das penas (retribuição, prevenção geral e especial e, agora também, reparação) e a defesa de sanções penais alternativas à prisão e de reparação da sociedade e da vítima (trabalho a favor da comunidade, regime de prova, indemnização à vítima, etc.). Em paralelo com um modelo adjudicatório ou retributivo passa a existir um modelo de justiça negociada, de compensação, reparadora ou restaurativa, seja no processo de decisão ou na execução das penas (a nova justiça criminal restaurativa ou a *comunity justice* para pequenos delitos dos jovens).

3.2.3. A desjudicialização: a reforma da administração da justiça a partir dos tribunais

A análise comparada de sistemas judiciais permite-nos identificar as seguintes transformações no funcionamento dos tribunais decorrentes dos processos de desjudicialização. Em primeiro lugar, constata-se que os processos judiciais se simplificam[24], passam a incluir fases processuais destinadas à negociação e consagram ainda a possibilidade de, na sua pendência, o tribunal ou as partes poderem recorrer a meios informais de resolução de litígios (peritagem, mediação e arbitragem). Estamos, assim, perante o tribunal "multi-portas" de Galanter (1993) em que o sistema judicial acolhe no seu seio as tais formas híbridas de resolução de litígios entre o jurisdicional e o não jurisdicional referidas a propósito da análise do movimento ADR.

O conceito de desjudicialização "tem como referência a divisão do trabalho entre os tribunais do sistema judicial e de outras instituições na resolução de conflitos entre justiciáveis. A noção de desjudicialização é a base ideológica de transferência de certas categorias de litígios civis, bem como de problemas de natureza penal para instituições parajudiciais ou privadas existentes ou a criar em substituição dos tribunais judiciais" (Ietswaart, 1993: 172).

O debate, do ponto de vista da desjudicialização, é polarizado entre aqueles que entendem que todos os litígios devem ser submetidos aos tribunais judiciais e aqueles cidadãos ou grupos de profissionais do direito que querem reservar, por um lado, os serviços judiciários para os assuntos jurídica e socialmente importantes, deixando o tratamento da litigação de massa e rotineira, que não coloca questões jurídicas particulares ou de defesa dos direitos às "instituições parajudiciais" (*v.g.* cobrança de pequenas dívidas, consumo de drogas, cheques sem provisão e certas infracções ao Código da Estrada). Por outro lado, estes pretendem também alargar os caminhos do acesso ao direito e à justiça, colocando à disponibilidade dos cidadãos meios mais acessíveis para a resolução dos seus litígios.

[24] Os diferentes graus de formalismo nos procedimentos têm vantagens e inconvenientes específicos em termos de custos, duração, garantias judiciárias, possibilidade de recurso, entre outras. Há uma tensão permanente entre a tendência para a falta de formalismo e para o formalismo em matéria de tratamento de conflitos (Ietswaart, 1993: 172).

Os processos de desjudicialização assumem diversas vertentes. Em primeiro lugar, a simplificação do processo legal e o recurso a meios informais de resolução de litígios dentro do próprio processo judicial.

Em segundo lugar, o conflito deixa de ser construído legalmente como litígio judicializável (ex. descriminalização e despenalização[25]) ou deixa de ter relevância para o direito estadual[26] por efeito do referido processo de deslegalização.

Em terceiro lugar, assiste-se a uma transferência da competência para resolução de litígios dos tribunais judiciais para uma instância de natureza parajudicial ou administrativa (ex. comissão ou entidade administrativa, Julgados de Paz), privada (conciliação, mediação e arbitragem) ou híbrida com componentes administrativos e comunitários (ex. comissões de protecção de crianças e jovens), que passam a ser a entidade competente para resolver esse litígio definitivamente ou, pelo menos, em primeira instância.

Em quarto lugar, verifica-se a existência de uma acelerada transformação das profissões jurídicas, através da construção de novas profissões (ex. mediadores familiares) ou reconstrução de velhas profissões (ex. notários, conservadores do registo civil), atribuindo-lhes novas competências para a gestão e resolução de litígios.

Por último, saliente-se a regulação dos conflitos sociais através da prevenção dos litígios com recurso a divulgação de informação jurídica através de autoridades administrativas estaduais ou independentes de regulação social ou económica ou, ainda, de "novas" instâncias de informação jurídica e/ou de resolução de litígios mais ou menos formais e mais ou menos profissionalizadas (do direito ou de outras áreas).

Os processos de desjudicialização são, no entanto, de natureza diversa, mais ou menos amplos, incluem mais ou menos recurso a meios não judicias de resolução de litígios em função da cultura jurídica e judiciária, do desenvolvimento económico e social e do empenhamento político na reforma da administração da justiça em cada uma das sociedades, em que se estejam a desenvolver.

[25] A título de exemplo refira-se a descriminalização da prostituição ou do consumo de estupefacientes.

4. Um novo modelo de administração da justiça ou um sistema integrado de resolução de litígios: da autocomposição, passando pela justiça informal, ao tribunal "multi-portas"

Até à crise do Estado-Providência nos anos setenta do século XX a sociedade estruturou-se à volta do Estado e pretendia-se que a resolução de litígios fosse uma reserva dos tribunais judiciais. Mas, por um lado, o sistema judicial nunca teve o monopólio de resolução de litígios nas nossas sociedades[27]. Por outro lado, a urbanização e o desenvolvimento da sociedade de consumo trouxeram para dentro dos tribunais a denominada e já referida "explosão de litigação". O modelo judicial de resolução de litígios, com o seu formalismo, custo e distância dos cidadãos, não se adapta a esta sociedade mais consumista, com mais litígios de massa, mas também mais descentralizada, que pede mais participação aos cidadãos e em que se procura mais autonomia na relação com as estruturas estaduais. Perante esta evolução da sociedade e a necessidade de desenvolver um novo modelo de resolução de litígios, o Estado começou a recorrer a outros meios de resolução de litígios que não os tribunais, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem. Mas, em paralelo com estas iniciativas do Estado, desenvolveram-se também diversas experiências de base comunitária a partir de associações de vítimas, de consumidores, de grupos de vizinhos, etc. (Bonafé-Schmitt, 1998: 178-179).

O movimento de reformas de administração da justiça de natureza informal ou desjudicializadora revela uma permanente ambivalência. Umas vezes é de iniciativa do Estado, outras vezes tem origem na comunidade. Ora é uma justiça de "segunda classe", ora é uma justiça mais próxima dos cidadãos. Ou ainda, tanto tem como função "descarregar" os tribunais da "litigação de massa", e melhorar o seu desempenho (cobrança não judicial de dívidas), como desenvolve uma perspectiva de integração social, reduzindo tensões sociais e criando solidariedades através da participação dos

[26] As questões desportivas que são reguladas por uma ordem jurídica privada (Nolasco, 2001) ou ainda as questões de *lex mercatoria* (Pedroso, 2000).

[27] Apesar da centralidade dos tribunais judiciais, sempre subsistiram nas sociedades contemporâneas forma de regulação de litígios na família, na vizinhança, nas relações laborais, nos negócios e nas estruturas comunitárias.

cidadãos[28]. Mas, nos movimentos de informalização e de desjudicialização não encontramos modelos puros, pelo que merecem uma análise mais detalhada, com especial enfoque na relação entre o judicial e o não judicial e na articulação entre iniciativas do Estado e da comunidade.

Nos últimos 30 anos verificou-se, assim, como se referiu, uma grande proliferação de instituições e de programas de resolução alternativa de litígios (RAL), alguns deles totalmente autónomos, outros associados a tribunais ou desenvolvidos pelo Estado, outros ainda desenvolvidos nas comunidades ou, ainda, integrados no seio de organizações como por exemplo empresas, hospitais e escolas.

Galanter (1993: 112) retrata-nos deste modo a evolução da RAL nos países anglo-saxónicos. "Em meados dos anos 70, as vias "alternativas" eram, geralmente, ainda encaradas como esquemas de recurso destinados a lidar com questões menores ou marginais, não merecedoras de um tratamento judicial completo. Contudo, a RAL[29] logrou deslocar-se – ou pelo menos é a isso que aspira – da periferia do trabalho jurídico para o seu centro (Galanter, 1985). Muitos tribunais, tanto federais como estaduais, acrescentaram aos seus reportórios institucionais certos instrumentos característicos da RAL – incluindo programas de arbitragem e de mediação a funcionar em anexo aos tribunais e também toda uma variedade de procedimentos de obtenção de acordos, tais como a avaliação independente em fase inicial e os julgamentos com júri sumários. Estão em curso experiências com vista à criação do chamado tribunal "multi-portas" ("multi-door court house"), que se prevê que venha a integrar num único estabelecimento vários modos de processamento de conflitos, incluindo a via judicial. Tem-se verificado uma proliferação de instrumentos típicos da RAL ("juízes-de-aluguer", minijulgamentos, etc.) dirigidos aos conflitos entre grandes empresas e que envolvem grandes quantias de dinheiro, conflitos esses que são, aos olhos de juízes e advogados, a faceta mais conceituada do trabalho jurídico. (...) Não obstante muita da retórica do "movimento" RAL ir contra o que é formalidade jurídica e polarização de

[28] Aproximam-se, em Portugal, desta perspectiva, as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ), que aliam à participação dos cidadãos uma intervenção multisectorial do Estado (*v.g.* Justiça, Segurança Social e Administração Interna).

[29] Na tradução que estamos a citar refere-se resolução alternativa de conflitos (RAC), que no presente texto substituímos por RAL, por ser uma terminologia mais adequada.

interesses, o crescimento da RAL veio trazer novos canais de acção judicial e alargar o reportório dos tribunais e advogados" (Galanter, 1993: 112-113).

Assistimos, assim, a par da transformação da sociedade e do direito, à transformação do sistema da resolução de litígios. Nos séculos XIX e XX os tribunais, como serviço público especializado distante da vida quotidiana, assumiram uma centralidade quase exclusiva na resolução de litígios. Desde os anos 60/70 que assistimos a uma reconfiguração do sistema de resolução de litígios em função de duas pressões convergentes, mas por vezes contraditórias: uma interna ao sistema judicial de desjudicialização devido à sobrecarga dos tribunais e à sua incapacidade de responder à crescente procura. A outra, externa aos tribunais, oriunda das organizações sociais e económicas da sociedade e do mercado, de reforço do papel das comunidades ou de entidades do mundo dos negócios na administração da justiça, ou seja, o já mencionado movimento ADR (RAL) em acção. De um lado, a corrente "estatista" defende que deve ser o Estado central ou as autoridades locais a criar alternativas aos tribunais. De outro lado, uma corrente "comunitária" defende que o tratamento dos conflitos entre as pessoas deve ser assumido por elas próprias.

Os primeiros argumentam: a formação e competência específica dos juízes exigem que eles se ocupem de problemas jurídicos importantes; os tribunais estão cheios de "pequenos litígios", pelo que o juiz tem que voltar à sua verdadeira função; os tribunais são demasiado caros para os pequenos litígios; os juízes não estão bem preparados para o tratamento de certos conflitos como os que surgem na família, entre vizinhos ou no domínio do consumo; frequentemente a resolução deste género de conflitos é melhor servida pela mediação e conciliação que por um processo contraditório. Os defensores desta ideia propõem, por consequência, dois níveis de justiça: uma de primeira classe, serviço judiciário de alta qualidade, servido por profissionais que beneficiaram de longa formação, para os litígios que o sistema qualifica como importantes; uma justiça de segunda classe para o contencioso de massa, isto é, os litígios qualificados como rotina ou de "pequenos litígios".

Os que defendem uma outra forma de justiça independente do Estado, fundam-se num argumento semelhante: o Estado não sabe resolver os problemas quotidianos das pessoas porque está mal equipado para o fazer. De facto, o processo contraditório tende

a agravar os conflitos. É necessário reforçar e desenvolver as redes de entreajuda e sistemas de resolução de conflitos fora dos tribunas, com recurso a voluntários, como uma outra forma de ajuda da comunidade. Esta justiça não substitui a do Estado e não deve depender de subsídios ou financiamentos do Estado.

Ambas as pressões ou correntes ideológicas podem causar efeitos perversos a que devemos estar atentos. Merry (1989) adverte-nos para os riscos que já anteriormente identificámos da desigualdade entre as partes, da possibilidade de manipulação, das formas subtis de coerção e dos efeitos de rotinização tornarem a resolução de litígios fora dos tribunais injusta para os que tiverem menos poder social e/ou negocial. No entanto, parece-nos que a questão central do acesso ao direito e da resolução de litígios não é, por um lado, preservar os tribunais judicias para a resolução de toda a litigação, até porque nas sociedades existe muita procura suprimida, reprimida ou desviada, que não chega ao sistema judicial. Por outro lado, há que não esquecer que as sociedades são ricas em mecanismos de resolução de litígios. Assim, as alternativas à justiça sempre existiram. De acordo com Santos *et al*. (1996: 44 e ss.), o acesso às instâncias formais de resolução de litígios pode ser descrito através de uma pirâmide[30], sendo esta definida como uma metáfora geométrica do modo como são geridas socialmente as relações litigiosas numa dada sociedade, em que as relações litigiosas do topo da pirâmide são as que passam pelos meios informais e pelos meios formais não judiciais de resolução de litígios e chegam aos tribunais e, destas, as que findam por julgamento. A base da pirâmide é constituída pelos conflitos potenciais. É de notar que os litígios são construções sociais, na medida em que o mesmo padrão de comportamento pode ser considerado litigioso ou não litigioso consoante a sociedade, o grupo social ou o contexto de interacção em que ocorre. Como todas as demais construções sociais, os litígios são relações sociais que emergem e se transformam segundo dinâmicas sociologicamente identificáveis (Santos *et al*., 1996: 45)[31].

[30] Sobre a construção e potencialidades analíticas da pirâmide de litígios cfr. Wouters e Van Loon (1991).

[31] As transformações das construções sociais em litígios a serem resolvidos pelo sistema judicial "é apenas uma alternativa entre outras e não é, de modo nenhum, a mais provável ainda que essa possibilidade varie de país para país, segundo o grupo social e a área de interacção (...). Por esta razão, níveis baixos de litigiosidade não significam necessariamente baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos" (Santos *et al*., 1996: 45).

O litígio só surge quando é reconhecida a existência do dano, do causador dele, e da violação de normas que ele acarreta. É necessário, ainda, que o lesado ache que o dano é de algum modo remediável, reclame contra a pessoa ou entidade responsável pelo dano de que é vítima e saiba fazê-lo de maneira inteligível e credível. Sempre que tal sucede, o litígio só surge quando tal reclamação ou queixa é rejeitada no todo ou em parte. Só então é que verdadeiramente a relação social de conflito entra na base da pirâmide. O trajecto até aqui percorrido é sociologicamente muito importante para determinar o conteúdo de justiça distributiva das medidas destinadas a incrementar o acesso à justiça. Como sabemos, essas medidas visam diminuir as desigualdades no consumo da justiça. Acontece, porém, que tais medidas só podem beneficiar aqueles que passam o limiar da percepção e da avaliação do dano e da responsabilidade do dano. Ora, como vimos, certos grupos sociais têm mais capacidade que outros para passar tal limiar. Os que têm menor capacidade estão em piores condições para serem beneficiados por um incremento do acesso à justiça. Isto significa que o acesso à justiça, sobretudo em países onde é muito deficiente, é duplamente injusto para os grupos sociais ainda mais vulneráveis: porque não promove uma percepção e uma avaliação mais ampla dos danos injustamente sofridos na sociedade e porque, na medida em que tal percepção e avaliação não têm lugar, não permite que ela se transforme em procura efectiva da tutela judicial (Santos *et al.*, 1996: 46).

Como refere ainda Santos *et al*. (1996: 47-48*)* pode dizer-se que todas as sociedades minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias susceptíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio. Variam enormemente segundo a oficialidade, a formalidade, a acessibilidade, a especialização, a eficácia, a eficiência, a distância cultural, etc.. Em geral, os tribunais tendem a ocupar um dos extremos em muitas destas dimensões. De todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis, tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis. Quanto às outras dimensões, a sua posição varia muito de país para país e de área de litígio para área de litígio. Não admira, pois, que, antes de recorrer aos tribunais, as partes num litígio tendam, sempre que possível, a resolvê-lo junto de instâncias não oficiais mais acessíveis, mais informais, menos distantes culturalmente e

que garantem um nível aceitável de eficácia. De um familiar ou vizinho respeitado, a uma organização comunitária, associação ou clube disponível, ou ainda um profissional, seja ele um advogado, um terapeuta, um padre, um assistente social, um médico, um professor, um conselheiro de consumo, todos são potencialmente terceiras partes e podem efectivamente funcionar como tal dependendo de muitos factores. A escolha tem sobretudo a ver com as relações que existem entre as partes em litígio, com a área social da litigação, com os níveis de socialização de ambas as partes com mecanismos de resolução e com os meios de que dispõem para realizar a escolha nas melhores condições.

Factores económicos, sociais e culturais de vária ordem convergem na escolha de uma dada terceira parte. A existência de escolha só é visível muitas vezes a nível agregado, pois, ao nível das decisões individuais não há, muitas vezes, muito campo para escolhas, uma vez que o mecanismo utilizado surge como o único disponível ou único adequado. É por esta razão que as resoluções sugeridas ou decididas pelas terceiras partes são geralmente aceites ainda que não disponham de nenhum meio formal para impor as suas decisões. O acatamento da decisão pode derivar de considerações de oportunidade e de cálculo dos custos do não acatamento, mas deriva muitas vezes da própria autoridade de quem decide (Santos *et al.*, 1996: 47-48).

Os litígios podem, assim, ser solucionados de diversas formas, e a trajectória das alternativas aos tribunais ocorre normalmente dos mecanismos não oficiais para os oficiais, e dos mecanismos informais para os formais. Por conseguinte, na nossa sociedade predominam os mecanismos não oficiais e informais de resolução de litígios, caracterizando-se assim por ser uma sociedade, essencialmente, autocompositiva (Santos *et al.,* 1996: 667 e ss.). Os meios formais de resolução de litígios (v.g. tribunais ou arbitragem institucional) são quase sempre uma instância de recurso, isto é, accionados depois de terem falhado outros mecanismos informais utilizados numa primeira tentativa de resolução. Este facto é crucial para se compreender o desempenho das instâncias formais, na medida em que mostra que ele não ocorre num vazio social, nem significa o ponto zero da resolução do litígio chamado a resolver (Santos *et al.*, 1996: 49; e Pedroso e Cruz, 2000: 31-34).

A pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua resolução. Assim, a justiça deve ser entendida como a entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus direitos. Ora, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade. No entanto, a limitação do acesso aos tribunais judiciais só deverá ser permitida aos "litígios de massa", ou de "baixa intensidade" ou em que não há um verdadeiro conflito, em que o interesse público ou repartição do ónus do risco social devem fundamentar que o Estado, as empresas ou outras organizações devem assumir o custo/risco do seu direito não ser tutelado judicialmente como contributo para que os tribunais judiciais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja *ratio* seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.

Neste sistema de resolução de litígios que os estados e as sociedades estão a construir reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, desenvolvem-se as parcerias entre o público, a comunidade e eventualmente o mercado e assume-se um novo modelo de justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios, em que a pluralidade dos ADR (RAL) tanto podem consistir alternativas aos tribunais judiciais (resolvem litígios que os tribunais também dirimem)[32] ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal)[33] ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para estes meios).

Esse novo sistema pode ser representado por uma pirâmide (Figura 5) em que teremos, na base, os mecanismos de autocomposição, no seu vértice, os tribunais e na

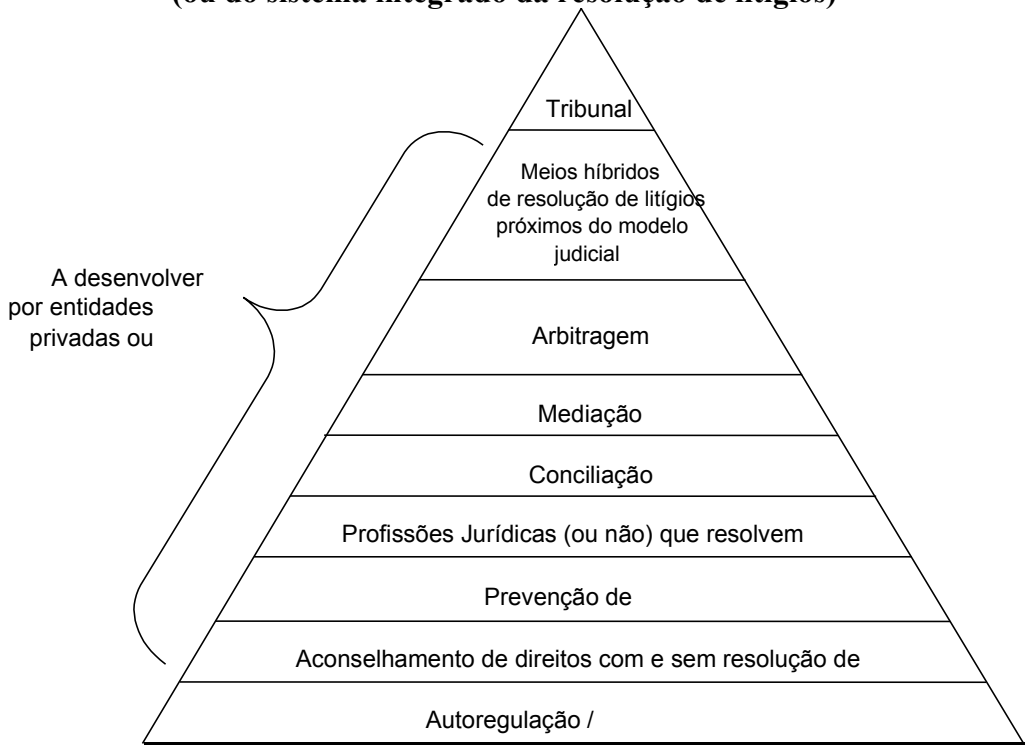
[32] Segundo Ietswaart (1993: 172), qualificar como desjudicialização *les alternatives à la justice* em matéria de consumo, é um excesso, dado que os litígios de consumo não têm praticamente acesso aos tribunais, nem em França, nem em qualquer outro lado. Pedroso e Cruz (2000) e Pedroso (2001b) demonstram que os centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal não são alternativa aos tribunais, mas sim uma forma de acesso à justiça da procura suprimida, ou seja, dos conflitos de consumo que nunca chegariam a tribunal.

[33] A RAL, na sua função complementar ao sistema judicial, resolve litígios que também podem ser resolvidos em tribunal, funcionando, assim, como alternativa aos tribunais para a conflitualidade que aí não chega, e, ainda, como primeira instância sociológica e/ou legal de um litígio que pode chegar ao tribunal, em segunda instância.

zona intermédia a panóplia de meios de RAL que o Estado e a sociedade conseguem gerar.

Figura 5(*)

A pirâmide da justiça
(ou do sistema integrado da resolução de litígios)



(*) Adaptado de Wouters e Van Loon (1991: 23); Santos *et al.* (1996: 50) e Dufresne (1993).

A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta, mesmo que subtilmente, pelas estruturas sociais, mas corresponda, pelo contrário, ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos seus direitos.

Parafraseando Bonafé-Schmitt (1989: 192-193) o desenvolvimento de modelos extrajudiciais de resolução de litígios é uma resposta adequada à evolução das nossas sociedades a caminho do que pode ser chamado "uma sociedade diferenciada" com "subsistemas que geram os seus próprios sistemas de regulação" (Teubner, 1983). Os meios de informalização da justiça e de desjudicialização não devem ser considerados unicamente como uma resposta à sobrecarga e à ineficiência da justiça, mas também

como uma resposta do sistema de resolução de litígios à evolução dos sistemas de regulação social de uma sociedade.

O novo sistema integrado de resolução de litígios, que defendemos, tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado "pluralismo jurídico e judicial", ou seja, reconhece-se também aos meios não judiciais que o Estado e a sociedade geram, informalmente ou formalmente, legitimidade para dirimir litígios.

Conclusões

O direito, o sistema jurídico e o sistema judicial encontram-se num processo acelerado de transformação, que varia em cada sociedade em função do seu desenvolvimento económico e social, da cultura jurídica, das transformações políticas e do consequente padrão de litigação decorrente do tipo de utilizadores dos tribunais judiciais e da relação entre a procura potencial e efectiva da resolução de um litígio no sistema judicial. Estes processos de transformação apontam em simultâneo por diversos caminhos. Por um lado, avança a "juridificação" e a "judicialização" da vida em sociedade, com a expansão do direito a outras áreas da sociedade e com a chegada de "novos" litígios oriundos da sociedade ou do mercado a tribunal. Por outro lado, desenvolve-se uma tendência para a desjuridificação, para a informalização e desjudicialização da resolução de litígios.

Através de uma leitura da evolução da litigação nos Estados Unidos e em Portugal, podemos concluir que, apesar do crescimento dos meios e de algumas reformas moderadoras, a litigação cresceu exponencialmente nos tribunais, incapacitando-os de satisfazer a procura de justiça. Este processo é complexo, mas pode salientar-se, designadamente para a sociedade portuguesa, que estamos perante o crescimento da "litigação de massa" das empresas que são litigantes frequentes e que para cobrar as suas dívidas colonizam a justiça cível e penal.

Este desajustamento entre a procura e a oferta do sistema judicial e a concentração da litigação em litígios sem conflito ou de baixa intensidade têm sido, em

grande parte, os responsáveis pela ineficiência, inacessibilidade e morosidade dos tribunais, abafando e banalizando o desempenho do sistema judicial. A esta crise da justiça os governos têm respondido com quatro tipos de reformas: a de alocação de "mais recursos"; a "tecnocrática e gestionária"; a de "inovação e tecnologia"; e a da "informalização e desjudicialização".

O movimento de reformas de administração da justiça de natureza informal e desjudicializadora inclui-se num processo complexo de juridificação e desjuridificação das sociedades modernas e revela uma permanente ambivalência. Umas vezes é de iniciativa do Estado, outras vezes tem origem na comunidade. Ora é uma justiça de "segunda classe", ora é uma justiça mais próxima dos cidadãos. Ou ainda, tanto tem como função "descarregar" os tribunais da "litigação de massa" e melhorar o seu desempenho (cobrança não judicial de dívidas) como desenvolve uma perspectiva de integração social, reduzindo tensões sociais, criando solidariedades através da participação dos cidadãos e promovendo o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça.

A informalização da justiça assenta, por um lado, na criação de uma "justiça alternativa ou informal" decorrente do movimento ADR (RAL) em regra, oriundo das organizações sociais e económicas – de natureza plural quantos aos meios, processos, e litígios que resolve – e no desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação e negociação e da "justiça em comunidade". Por seu lado, a desjudicialização consiste na simplificação processual e no recurso a meios informais para acelerar ou melhorar o desempenho dos processos judiciais; na transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais e na transferência de competências de resolução de litígios para "velhas" ou "novas" profissões jurídicas ou de gestão/resolução de conflitos.

Desde os anos 60/70 que se assiste a uma reconfiguração do sistema de resolução de litígios com a perda da "exclusividade" dos Tribunais em função destas duas pressões convergentes, mas por vezes contraditórias. A pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é, assim, a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua resolução. Assim, o acesso à justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou

terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu litígio e defesa dos seus direitos. Ora, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade. A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta, mesmo que subtilmente, pelas estruturas sociais, mas corresponda, pelo contrário, ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos seus direitos. No entanto, a limitação do acesso aos tribunais judiciais poderá ser permitida para os "litígios de massa", ou de "baixa intensidade" ou em que não há um verdadeiro conflito. Com fundamento no interesse público ou na repartição do ónus do risco social o Estado ou as empresas ou outras organizações devem assumir o custo/risco do seu direito naqueles litígios não ser tutelado judicialmente como contributo para que os tribunais judiciais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja *ratio* seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.

Neste sistema de resolução de litígios que os estados e as sociedades estão a construir reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, desenvolvem-se as parcerias entre o público, a comunidade e eventualmente o mercado e assume-se um novo modelo de justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios, em que a pluralidade dos ADR (RAL) tanto podem consistir alternativas aos tribunais judiciais (resolvem litígios que os tribunais também dirimem) ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal) ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para estes meios).

O novo sistema integrado de resolução de litígios, tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado "pluralismo jurídico e judicial", ou seja, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para dirimir litígios. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo todo o movimento ADR, constituem, assim, caminhos da reforma da administração da justiça desde que defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito. Só deste modo esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática.

CAPÍTULO II

OS LITÍGIOS PRIVADOS E LABORAIS: UM ROTEIRO DOS CAMINHOS DA INFORMALIZAÇÃO E DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Introdução

Neste capítulo efectuaremos uma breve discussão comparada relativamente aos meios não judiciais (oriundos da comunidade ou do Estado) de resolução de litígios familiares, de vizinhança, comerciais, laborais e relativos ao endividamento dos consumidores, que se têm desenvolvido de uma forma crescente tanto nas sociedades de direito anglo-saxónico como nas de direito continental (romano-germânico)[34].

Os conflitos sociais relativos à família, às relações entre vizinhos, às transacções económicas e ao endividamento dos consumidores são bons exemplos de que as sociedades desenvolveram, através de processos de informalização ou de desjudicialização, uma panóplia de meios não judiciais para a sua resolução, desde a autocomposição, passando pela mediação e pela conciliação, até à arbitragem, deixando os tribunais para instância sociológica (ou mesmo jurídica) de recurso, protecção das situações de desigualdade social entre as partes e para as situações que o ordenamento jurídico considera de direitos indisponíveis, ou seja, aquelas sobre as quais a protecção de um interesse público não permite a transacção[35].

A resolução alternativa de litígios é, assim, geralmente entendida como a resolução de conflitos por outros meios que não a adjudicação dos tribunais. Esses meios, como referimos no Capítulo 1, podem assumir uma pluralidade de formas, que poderemos agrupar em dois tipos: o adjudicativo e o negocial ou consensual. A arbitragem e alguns meios híbridos próximos do modelo jurisdicional são exemplos do

---

[34] Não trataremos neste estudo a resolução extrajudicial dos conflitos de consumo por ele já ter sido o objecto central de anteriores trabalhos de João Pedroso e de Cristina Cruz, para os quais remetemos (Pedroso e Cruz, 2000; Pedroso, 2001b e 2001c).

[35] Neste capítulo desenvolveremos e actualizaremos, designadamente com referências à realidade portuguesa, alguns exemplos da experiência internacional já mencionados em Pedroso e Cruz (2000: 39-70). Assim, partiremos do texto anteriormente escrito, actualizando-o e desenvolvendo-o.

primeiro tipo, em que uma terceira parte independente dos litigantes produz uma decisão que abrange as partes. A conciliação e a mediação são um bom exemplo do outro tipo, que se baseia num processo de negociação. "Esta intervenção amigável distingue-se das formas autoritárias de resolução de litígios realizadas por uma autoridade pública (um juiz) ou por uma autoridade privada (o árbitro). Este terceiro «não julga» e pode ser convidado a intervir num litígio a vários títulos: como magistrado, actuando na sua missão de conciliação fora dos seus poderes jurisdicionais, como pessoa qualificada designada pelo juiz (no quadro do processo), como comissão ou instância criada pelo direito estadual para contribuir na resolução de litígios particulares, como pessoa privada contratualmente investida de uma missão de aproximação das partes em litígio. Independentemente do nome que o designa (mediador ou conciliador), este terceiro tem por única missão tentar ajudar as partes a encontrar uma forma de entendimento, e apenas poderá, certificar os termos de um acordo se este for estabelecido" (Serverin, 2001).

1. A arbitragem, a mediação e a conciliação nos litígios de direito privado

As origens da arbitragem perdem-se na memória do tempo. Há quem refira que as leis visigodas já conheciam a arbitragem. Em Portugal, as ordenações Afonsinas, no século XVII, já conheciam a arbitragem, com uma grande liberdade na formação e funcionamento dos tribunais arbitrais, aparentemente capazes de decidir sobre a maioria das questões, exceptuando as matérias criminais.

Em Portugal, como na maioria dos países europeus, foram efectuadas reformas no domínio da arbitragem voluntária permitindo que os litígios de direito privado, salvo em matéria de direitos indisponíveis, possam ser resolvidos com recurso a tribunais arbitrais "ad hoc" ou a "centros de arbitragem, com natureza institucionalizada". No entanto, desde cedo foi perceptível que a arbitragem utiliza uma estrutura processual e de decisão similar aos tribunais judiciais, pelo que também era necessário desenvolver meios que permitissem às partes resolverem, por elas próprias, os seus litígios.

O Conselho da Europa tem sido um grande promotor desta reflexão. Evelyne Serverin (2001) elaborou um relatório para o Comité de Peritos sobre a eficácia da

justiça, em que se procuram identificar os lugares da "mediação". Na Europa, este conceito é utilizado para designar todas as formas de tratamento não jurisdicional dos conflitos (mediação e conciliação), em qualquer momento (antes ou depois da entrada do processo na instância judicial) e sem recurso a uma decisão "autoritária" ou de "adjudicação" do conflito. Nesse relatório distingue-se entre a mediação, em sentido amplo, efectuada fora do tribunal e a efectuada à "sombra" ou "dentro do tribunal". De seguida, procede-se a uma análise da mediação/conciliação, em que se submete a diversidade das situações litigiosas a uma avaliação da sua adaptação económica, jurídica e empírica.

A mediação "fora do tribunal" é analisada de acordo com as seguintes categorias: litígios economicamente adaptados a uma mediação fora da instância; litígios juridicamente adaptados a uma orientação para a mediação fora do tribunal; litígios eficazmente resolvidos por uma mediação fora da instância. Por outro lado, o referido relatório, relativamente à mediação à "sombra do tribunal", distingue, de acordo com os interesses económicos envolvidos, a adequação jurídica dos litígios e a validade dos acordos, considerando que existem: litígios economicamente adaptados a uma mediação no decorrer da instância; litígios juridicamente adaptados a uma mediação no decorrer da instância; e litígios eficazmente resolvidos por uma mediação no decorrer da instância.

A seguir, e tendo por base a estrutura do relatório elaborado por Evelyne Serverin (2001), vamos explicitar em que consistem os diversos tipos de mediação "fora" e à "sombra" do tribunal, bem como as vantagens que cada modalidade apresenta.

Os litígios economicamente adaptados a uma mediação fora da instância permitem assegurar uma redução tanto na duração como no custo do processo. As afirmações relativas às vantagens económicas da mediação procedem da hipótese de uma mediação sem custos, e de um processo longo e dispendioso. Mas se se fizer variar os parâmetros dos custos da mediação e dos custos do processo em função dos tipos de litígios, a situação aparece muito mais em contraste. Quando a mediação é assegurada por um terceiro remunerado, designado pelas partes antes ou depois do litígio, é necessário comparar a vantagem que ela acarreta sobre o desencadeamento de um

processo. Por isso, é importante ter em conta a diversidade dos custos do processo consoante os tribunais. Em várias legislações, o princípio consiste em reenviar os litígios de pequeno valor perante jurisdições com procedimentos poucos formalizados e com baixo custo (nomeadamente por dispensa de advogado), e encaminhar os litígios de maior importância para a competência de jurisdições superiores onde as fases do processos são mais numerosas e a assistência de um advogado obrigatória. Existirá mediação sem custo para as partes quando a colectividade coloca à sua disposição mediadores (por ela ou não remunerados) e que dispõem, consoante o caso, de uma competência especial ou de uma competência geral.

A mediação não é o único processo que permite obter uma resolução anterior à decisão do tribunal, o processo de transacção realizado directamente entre as partes leva ao mesmo resultado. Neste processo não existem custos, mas a sua eficácia depende da vontade das partes em quererem negociar. No caso de reticência por parte de uma das partes, o recurso a um mediador pode ser o meio de incentivar a parte a entrar num processo de negociação. A transacção é definida na maioria dos direitos continentais como um "contrato pelo qual as partes terminam uma contestação existente ou previnem uma contestação que vai surgir" (art. 2044.º do Código Civil francês). Esta última forma não tem custos e é preferível a qualquer outra forma de mediação, desde logo porque as partes estão em condições de transigir, e encontram um interesse recíproco na negociação. O direito francês oferece um exemplo de processo transaccional obrigatório no domínio dos acidentes de viação. A seguradora deve apresentar à vítima que sofreu danos corporais uma proposta obrigatória de indemnização. Esta obrigação que pesa sobre a seguradora pode ser analisada como uma obrigação de entrar num processo de negociação com a vítima, mesmo se ela não apresentou nenhuma reclamação. A entrada na fase de proposta não leva a nenhum risco para a vítima, uma vez que ela dispõe ao longo do processo da possibilidade de optar entre a aceitação de uma resolução convencional e o pedido de fixação judiciária da indemnização.

Este tipo de negociação não recorre a terceiros, e não resulta da mediação. Nos litígios cuja resolução negociada depende da boa vontade de uma parte economicamente poderosa, o procedimento mais eficaz consiste mais em obrigar a parte dominante a

entrar num processo de oferta directa, do que instaurar uma mediação que acrescenta um intermediário e adia o momento da resolução.

Os litígios juridicamente adaptados a uma orientação para as mediações fora da instância podem seguir duas vias: as regulamentações estaduais que criam instâncias para esse efeito; as partes, interessadas elas próprias numa forma unilateral ou convencional.

A autoridade legislativa pode promover uma mediação fora de qualquer instância, com um dupla função: evitar o processo e usar o direito. As matérias litigiosas em causa serão ora largamente definidas, ora estritamente especializadas. O legislador pode instaurar mediadores "generalistas" para a resolução de litígios com larga definição. A instituição francesa dos *"conciliadores de justiça"* é o protótipo[36]. Têm "por missão facilitar, fora de qualquer processo judicial, a resolução amigável de conflitos sobre direitos cujos interessados têm a livre disposição", e a eles podem recorrer qualquer pessoa singular ou colectiva ou as autoridades judiciárias. Existe um fraco recurso a esta figura, justificado pela concorrência exercida por diversas vias de resolução em França. Deste modo, a mediação generalista só deveria ser proposta de forma circunstanciada, tendo em atenção as particularidades de cada país.

Hoje em dia, os Estados tendem em tornar as mediações especializadas num modo específico de aplicação das suas legislações. É o caso, na Finlândia, dos "Municipal Consumer Advisors", criados em 1978 a nível local, com o objectivo de fornecer serviços de informação e apoio aos consumidores. Também possuem um função de mediação. Em França, as instâncias de conciliação especializadas multiplicaram-se nos últimos vinte anos, em domínios muito diversos (conflitos colectivos de trabalho, telecomunicações, arrendamentos comerciais ou de particulares, consumo, saúde, etc.).

Apesar da diversidade do campo de aplicação deste tipo de mediação, estas instâncias possuem 4 características comuns: acesso gratuito das partes; composição paritária, de forma a garantir a representação de cada uma das categorias de interesses em presença num determinado litígio; dispõem de uma competência de atribuição

[36] Sobre a profissão de *conciliateur de justice* ver o Capítulo 5.

estritamente delimitada por regras cuja aplicação devem garantir; papel activo na procura de soluções, nomeadamente através de um poder de proposta materializado por escritos (avisos, recomendações, redacção e projectos de acordos). Os Estados deveriam ser incentivados a pôr à disposição dos utentes de forma gratuita, comissões de mediação especializadas, designadamente onde as partes em presença têm uma força desigual, em condições que garantissem o equilíbrio dos interesses e a aplicação do direito em causa no litígio.

As partes podem elas mesmo prever o recurso a um terceiro mediador no caso de litígio, quer por iniciativa de uma das partes, quer pelo funcionamento de uma cláusula de resolução amigável inserida no contrato. Os "serviços de mediação" podem ser colocados em funcionamento de forma unilateral por profissionais que sob esta forma vêem a vantagem de guardar o domínio da resolução dos litígios no quadro dos contratos de que fazem uso. Em França, a Federação Europeia da venda directa elaborou um Código de conduta europeu, para os quinze países europeus, e que prevê um dispositivo de mediação completo com um Conselho de mediação e uma Comissão paritária de Mediação. Estas cláusulas apresentam um inconveniente para as partes. De facto, na sua convenção, as partes podem sempre combinar designar um mediador no caso de litígios entre elas. Estas clausulas de resolução amigável não são submetidas às restrições introduzidas pelas legislações das clausulas, tendendo a constituir um tribunal arbitral (clausulas compromissórias).

Assim, pode-se discutir a licitude destas clausulas quando impostas, e quando têm por objectivo ou por efeito limitar o direito de recurso de um indivíduo a um tribunal. O compromisso contratual de recorrer previamente a um mediador antes de intentar uma acção no tribunal pode, com efeito, constituir uma forma desviada de limitação do direito de agir em justiça, nomeadamente quando acarreta um custo para a parte queixosa. Por exemplo, nos relatórios entre consumidores e profissionais, existe uma recomendação da Comissão que proíbe as clausulas que constituem uma renúncia antecipada do direito de recorrer à justiça, e designadamente aquelas pelos quais "um não-profissional ou um consumidor se obriga a recorrer apenas à via amigável para resolver um litígio" ou o "recurso a uma arbitragem".

Em relação aos litígios eficazmente resolvidos por uma mediação fora da instância, podemo-nos perguntar se os direitos envolvidos são desta forma melhor preservados, e em que medida o mediador pode ser considerado responsável por ter favorecido um acordo desequilibrado. A presença de um mediador aquando da conclusão de uma transacção não constitui uma garantia de validade do contrato concluído sob a sua protecção. Em consequência, a nulidade pode sempre ser invocada. A intervenção imparcial e inadequada do mediador, pode levar a parte lesada a pedir a nulidade do acto concluído nessas condições, mas também a requer a responsabilidade do mediador quando parece que a sua atitude foi a causa do vício do contrato. Um tal recurso deve estar sempre ao alcance das partes, nas condições que variam consoante a qualidade do terceiro interveniente. As convenções celebradas entre as partes emergentes de uma mediação constituem juridicamente transacções. A sua eficácia é apreciada sob dois aspectos: quanto à extinção do litígio e em termos de execução das convenções.

Uma vez instaurado o processo, a mediação não perde a sua influência, podendo fazer-se à "sombra dos tribunais". Trata-se agora de pôr fim à instância sem julgamento, e além disso, prevenir os litígios ulteriores. Esta situação será contemplada sob três vertentes: o interesse económico, a adequação jurídica dos litígios e a validade dos acordos.

Os litígios economicamente adaptados a uma mediação no decorrer da instância permitem poupar os custos do processo, se ela própria não criar custos superiores a um processo. Ora, o peso destas despesas depende da qualidade do terceiro interveniente: será nulo se o juiz for ele próprio o mediador; será positivo se for um terceiro designado. Estas fases de conciliação, com a intervenção do juiz-mediador, são numerosas em França, surgindo nos processos orais. Encontramo-las em certos tribunais (Tribunais de Trabalho, Tribunais de Arrendamento Rural, Tribunais de Segurança Social), ou para alguns casos (divórcio, pagamentos de remunerações salariais). Na Finlândia, a reforma do processo civil que entrou em vigor em Dezembro de 1993 introduziu três fases no processo. A primeira fase é escrita; a segunda é oral, e decorre perante o juiz que procura obter um acordo entre as partes. Só no caso de não se chegar ao acordo é que o caso é transmitido a um colégio de três juizes.

A despesa da mediação pode variar consoante o processo, quando o mediador é nomeado pelo juiz. Em França, por exemplo, o mediador é remunerado ou não em função do carácter obrigatório ou facultativo da mediação. Quanto às mediações realizadas sem custos por um conciliador, é de salientar que este recurso a um terceiro conciliador poupa "tempo ao magistrado", e reduz, portanto, a despesa pública, mas para aqueles casos cuja resolução deve ser feita num prazo breve, esta intervenção prolonga o processo e torna-o mais moroso. Quanto à mediação remunerada, ela não é aplicável aos litígios de pequeno valor. Todavia, para este tipo de litígios, é possível um juiz propor uma mediação remunerada se o custo da mediação não for suportada pelas partes, mas sim por um sistema de apoio judiciário.

Os litígios juridicamente adaptados a uma orientação para mediações no decorrer da instância têm duas vertentes: os direitos juridicamente adaptados à negociação, em que todos os direitos não estão igualmente disponíveis, e portanto são também inegociáveis (alguns são sempre indisponíveis, outros são-no apenas parcialmente); as formas de mediação judiciárias adaptadas aos litígios negociáveis, em que a alternativa situa-se em confiar os poderes de mediação ou a um juiz ou delegá-los a um terceiro, remunerado ou não. O terceiro mediador tem por única missão aproximar os pontos de vista das partes. Pelo contrário, o juiz tem a dupla função de dizer de direito e de conciliar as partes.

Por fim, temos os litígios eficazmente resolvidos por uma mediação no decorrer da instância que pressupõe: a eficácia dos actos emergentes da mediação na resolução do litígio, em que este deve-lhe ser reenviado quando a intervenção do mediador puder pôr fim, de forma eficaz, à instância em curso, libertando o juiz da sua obrigação de julgar; os direitos eficazmente preservados pelo recurso à mediação, em que a decisão de recurso à mediação nunca deve ser imposta na presença de uma situação de emergência ou de prejuízo ilegítimo a um direito e a eficácia depende da sua capacidade para produzir actos jurídicos válidos.

Após a descrição deste quadro geral elaborado por Evelyne Serverin (2001), no âmbito do trabalho do Conselho da Europa, passamos a enunciar os resultados da investigação das experiências de resolução alternativa de litígios em diversos países

relativamente a conflitos familiares, de vizinhos, do comércio internacional, laborais e pessoas endividadas.

2. A mediação familiar: uma resposta para a crise da família (...) e da justiça

A justiça não é a única instituição em crise. De facto, a crise da justiça inscreve-se também num contexto de alteração das estruturas familiares tradicionais, de que é exemplo o aumento de uniões-de-facto, famílias monoparentais, e um maior número de filhos fora do casamento. Assim, a família, ou melhor, um certo modelo de família, regista uma transformação que tem como consequência o facto desta instituição deixar de desempenhar o papel que lhe esteve reservado, desde sempre, enquanto primeira instância de regulação social. Deste modo, esta regulação foi devolvida à instituição judicial, que cada vez sente mais dificuldades em solucionar este tipo de litígios.

A justiça da família é, no seio da instituição judiciária, a área mais afectada pelo fenómeno da burocratização devido à grande especialização das suas actividades. Ao mesmo tempo, o sistema judiciário não responde à demanda, cada vez maior, de participação das pessoas na resolução dos conflitos. Por outro lado, a crise do sistema judicial é também uma crise de confiança (Bonafé-Schmitt, 1992: 154), em relação à actuação do aparelho judiciário por este não se ter adaptado à evolução da sociedade, caracterizada por uma descentralização e uma procura de participação mais activa dos cidadãos na resolução dos seus problemas. O modelo que repousa sobre a oposição de interesses revela-se desajustado a questões caracterizadas por relações continuadas[37] como é o caso das relações familiares, das relações de vizinhança, e, também, de trabalho.

Um conflito familiar é algo extremamente complexo. Reduzi-lo apenas ao seu aspecto jurídico, deixa de fora toda uma panóplia de aspectos que poderão implicar o incumprimento de acordos judiciais. O processo judicial é pouco favorável à participação directa e activa dos interessados na resolução das questões familiares. Uma alternativa à rigidez jurídica será a resolução de conflitos familiares através da

mediação, prática cuja aplicação se adequa a diversos ramos do direito, designadamente ao direito da família.

Nos termos do disposto na recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados-Membros do Conselho da Europa, adoptada pelo Comité de Ministros em 21 de Janeiro de 1998, a mediação familiar constitui "(...) *un processus dans lequel un tiers qui n´est pas directement intéressé dans les questions faisant l´objet du litige, facilite la discussion entre les parties de manière à les aider à rèsoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords*". É, pois, fundamental a existência de um terceiro neutro e imparcial – o mediador – a cuja formação de base (direito ou psicologia, por exemplo) associará conhecimentos específicos de mediação. O mediador presta assistência aos interessados directos num conflito, de modo a negociarem os pontos controversos, para alcançarem voluntariamente um acordo comum, que será sujeito a homologação judicial. É ainda essencial haver um processo, este ser voluntário, ser estabelecida uma negociação e alcançado um acordo. As partes podem recorrer directamente à mediação ou serem para aí encaminhadas por advogados ou certas instituições, Ministério Público ou tribunais.

Em pouco tempo este método estendeu-se ao Canadá e a todos os países anglo-saxónicos, designadamente a Inglaterra, tendo aumentado a sua importância na Europa durante os anos 80, em diversos países, tais como França, Áustria, Alemanha, Bélgica, Itália, Espanha[38], Andorra, Suécia, Noruega, Finlândia, Polónia, Eslovénia.

2.1. A mediação familiar nos Estados Unidos da América

A mediação familiar surgiu nos E.U.A., em 1974, graças a um psicólogo que desenvolveu um modo alternativo de resolução de conflitos familiares. Funcionava sobretudo junto dos tribunais. No seu início visava essencialmente a reconciliação de

[37] Bonafé-Schmitt (1992) considera que para a resolução deste tipo de litígios se deve privilegiar um modelo de resolução de conflitos "negocial/terapêutico".

[38] Em Espanha, foram os Governos Autónomos da Catalunha e do País Basco os pioneiros nesta matéria, através da criação de um serviço de mediação familiar subsidiado por esses Governos. Seguiu-se então o município de Madrid. O êxito destes programas justificou o Anteprojecto de Lei de Mediação Familiar da

casais desavindos, tendo evoluído predominantemente para a obtenção de acordos sobre a regulação do poder paternal e demais questões conexas.

Durante a década de 70 surgem nos EUA os primeiros trabalhos na área da mediação familiar com o objectivo de solucionarem questões decorrentes do processo de divórcio. De facto, a maioria das experiências de mediação familiar referem-se ao divórcio, o que não pode ser considerado uma surpresa face à insatisfação em relação à inadaptação do sistema judicial à resolução destes conflitos. Contudo, o campo da mediação familiar não se limita às rupturas conjugais. Ela inclui ainda outros conflitos familiares entre pais e filhos, avós e pais, como, por exemplo, o não pagamento das despesas escolares por parte dos progenitores, ou ainda na resolução de litígios na área de regulação do exercício do poder paternal. Assim, a mediação permite passar de um "direito imposto" para um "direito negociado" (Amil e Garapon, 1987), dado, por exemplo, ser possível às partes fixarem por acordo o montante da pensão alimentar a pagar por um dos pais. Nesta matéria, os magistrados desempenham um papel importante na sua divulgação, uma vez que podem "delegar" a resolução das causas em estruturas de mediação. Como refere Bonafé-Schmitt (1992:159), face a questões menos jurídicas e mais emocionais, como são muitas vezes os conflitos familiares, e para as quais não possuem preparação específica, os magistrados tendem a recorrer a especialistas de outras áreas[39].

O recurso à mediação diverge de estado para estado. Presentemente, a maioria dos estados americanos possui estatutos ou regras procedimentais que estabelecem o recurso à mediação em acções de regulação do exercício do poder paternal. Em muitos estados, os juizes podem inclusivamente utilizar o seu poder discricionário indicando aos casais em processo de divórcio a existência de centros privados de mediação. Num certo número de estados, como, por exemplo, na Califórnia, a mediação é obrigatória num momento pré-judicial (Bonafé-Schmitt, 1992: 159), em qualquer tipo de conflito familiar, estabelecendo-se até especiais considerações para a mediação de casos que

Catalunha e o Projecto de Lei de Mediação Familiar na Comunidade de Valência, recentemente aprovados (cfr. Paula Lucas Rios, www. verbojuridico.net).

[39] Outros profissionais, como os técnicos de serviço social, passaram a ter um papel central nestas questões, tendo certos estados americanos rebaptizado os antigos técnicos de serviço social ligados aos tribunais como mediadores familiares junto dos tribunais.

envolvam violência doméstica, com a utilização de guias para orientar os mediadores na negociação de modo a equilibrar a balança entre as duas partes.

Estas diferentes experiências de mediação inserem-se numa política de desjudicialização, existindo, assim, um grande número de programas de formação de mediadores um pouco por todo o país, emergindo, actualmente, como uma nova profissão que possui já organizações profissionais representativas, como é o caso da *Academy of Family Mediators*, líder nacional nesta área com cerca de 3000 membros, que definiu um código deontológico da profissão e modos de procedimento dos seus profissionais na mediação de conflitos familiares[40]. O número de sessões de mediação necessárias varia de caso para caso, dependendo das matérias a tratar. Por exemplo, uma única sessão pode ser suficiente para solucionar uma questão relacionada com o direito de visita de um dos pais. Se o mediador tem a seu cargo todas as questões envolvidas num divórcio, 6 a 8 sessões podem ser necessárias. Frequentemente, a mediação de questões familiares pode envolver outras questões com ele relacionadas e que muitas das vezes são um desafio à capacidade do mediador. Com efeito, alguns casais possuem já um historial de abusos e violência doméstica que introduz uma dimensão adicional à, já por si complexa, matéria em apreciação.

2.2. A mediação familiar em França

A mediação familiar desenvolveu-se em França, em meados da década de 80, por iniciativa de associações ou profissionais familiares que se inspiraram nos modelos norteamericanos. A partir dos anos 70 foi iniciada pelo Estado uma nova política de regulação do contencioso familiar que se concretizou, nos primeiros tempos, por uma *deslegalização*, como, por exemplo, em matéria de divórcio, com a introdução do divórcio por mútuo consentimento, em 1975 (Commaille, 1991: 69).

A mediação judiciária não beneficia de um quadro legislativo específico e as iniciativas que existem são isoladas. Como refere Bonafé-Schmitt (1992: 162), a

[40] Esta associação, conjuntamente com a *Association of Family and Conciliations Court* e muitas outras organizações locais compostas por mediadores familiares, organiza *workshops* que oferecem programas de formação para mediadores.

mediação vive principalmente das iniciativas dos magistrados que utilizam os serviços existentes "delegando" algumas das questões em associações que preenchem um certo número de incumbências por eles ordenadas. Em matéria de mediação, o Estado desempenha um papel decisivo tanto na criação de estruturas de mediação como indirectamente, no financiamento de experiências de mediação. Este papel central do Estado não significa que não existam iniciativas levadas a cabo por outros actores da vida social em matéria de mediação. De facto, o sector associativo tem sido preponderante na divulgação da mediação como forma privilegiada de resolução de litígios familiares. As associações familiares, mais particularmente as associações de pais, são muito apoiadas por profissionais da família, ou seja, psicólogos, técnicos de serviço social, etc. É o caso da *Association Père, Mère et Enfants* (APME). A mediação é aqui encarada como uma tendência de privatização das relações familiares, que consideram que a ruptura do lar conjugal é um problema das partes. Um outra associação, a *Ecole des Parents et des Educateurs* contribuiu decisivamente para a difusão da mediação em França. Foi criada em Paris, em 1988, e, pouco a pouco, foi surgindo noutros locais, como em Lyon. A mediação surgida no quadro destas associações tradicionais prosseguiu dando lugar à criação das suas próprias estruturas de mediação e formação de mediadores, testemunhando esta procura de autonomia a vontade de criar uma nova profissão. Com efeito, o exercício em exclusivo de uma nova profissão, a de mediador, permite a construção de uma identidade e o reconhecimento por parte de outros profissionais.

Uma outra iniciativa nesta área prendeu-se com a criação de locais de apoio a casais já divorciados e que enfrentam problemas no exercício do direito de visita aos filhos. Assim, nos últimos anos foram criadas em diversas cidades, como por exemplo, Paris, Grenoble e Bordéus, os denominados "pontos de encontro" tendo como impulsionadores a *Association Française des Centres de Consultation Conjugale* e diversas associações locais. São espaços "neutros", que facilitam o direito de visita dos pais, tentando desta forma amenizar as tensões entre ex-cônjuges e, assim, restabelecendo a comunicação que já não existia entre as partes.

2.3. O desenvolvimento da conciliação familiar na Inglaterra e no País de Gales

Na Grã-Bretanha existem, desde 1976, esquemas de conciliação em processo de divórcio que funcionam junto dos tribunais[41]. A conciliação tem lugar antes do julgamento propriamente dito e a ela devem comparecer as partes e seus representantes. Contudo, a conciliação adquiriu uma maior notoriedade com a publicação, em 1974, do *Finer Report,* o *Report of the Committee on One-Parent Families*, em que, face às elevadas percentagens de divórcio existentes no Reino Unido, se chamou a atenção para a necessidade de uma mudança da estrutura judicial existente, considerando a conciliação como um novo processo que fornece senso comum e razoabilidade a acordos efectuados após a ruptura matrimonial (Walker, 1991: 135). Apesar das recomendações do *Committee* não terem sido seguidas pelo governo, o entusiasmo e determinação de alguns membros ligados a profissões jurídicas e sociais conduziu a algumas inovações em matéria de mediação familiar a partir dos finais dos anos 70. De facto, uma das mudanças registadas foi, como refere Walker (1991: 136), de terminologia, uma vez que se passou a utilizar o termo "mediação" em vez de "conciliação".

Em 1985, um projecto de investigação liderado por Janet Walker (1991: 137 e ss.) estudou este tema. O projecto denominado *Conciliation Project* foi realizado no *Center for Family Studies* na *Universidade de Newcastle Upon Tyne,* e consistiu, de acordo com a responsável, recolher informações sobre meios de conciliação existentes judiciais e não-judiciais, a sua organização, o pessoal que lhes está afecto, o financiamento e os procedimentos, para, assim, se proceder à classificação dos diferentes tipos de meios encontrados; estabelecer e comparar os custos dos diversos tipos de conciliação, em que se inclui os custos originados pela representação por advogado, com o procedimento de divórcio judicial; estabelecer a efectividade dos tipos de conciliação, dando particular atenção à duração dos acordos firmados, à satisfação das partes e dos mediadores intervenientes no processo. Os resultados deste projecto indicaram que, ao invés de reduzir os custos, estes meios conciliatórios implicaram o aumento dos processos que chegaram aos Tribunais e que a conciliação não judicial se

revelou mais dispendiosa do que a conciliação judicial. A conciliação não judicial era, sobretudo, entendida pelas partes como mais uma instância que poderiam utilizar e não tanto como uma alternativa ao procedimento judicial.

Mais recentemente, foram criados vários serviços de mediação familiar, existindo hoje diversos centros espalhados por todo o país. Por exemplo, o *Family Mediation Cardiff* foi fundado em 1982 e ajuda casais, casados ou não, no processo de separação e divórcio, a colocar o bem estar dos seus filhos em primeiro lugar e, assim, alcançarem um acordo sobre a regulação do exercício do poder paternal. O Centro dispõe de mediadores qualificados e é membro do *National Family Mediation* (NFM), membro fundador do *United Kigdom College of Family*[42], e é formado por uma rede de cerca de 60 centros existentes na Inglaterra e País de Gales (Pedroso e Cruz, 2000: 59-64).

2.4. A mediação familiar em Portugal: a doutrina e uma experiência embrionária

Entre nós, foi na década de 90 que este serviço deu os primeiros passos, tendo obtido maior projecção apenas na segunda metade da década, aquando da realização do primeiro curso de mediação[43]. Em 1993 foi criado o Instituto Português de Mediação Familiar, por iniciativa conjunta de psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e juristas. Posteriormente, em 1997, foi constituída a Associação Nacional para a Mediação Familiar – Portugal, por um grupo de magistrados, psicólogos, advogados e terapeutas familiares, com formação nesta área, cujos objectivos é promover a mediação familiar, garantir a promoção e a dinamização da mediação familiar, intervindo na divulgação e formação de mediadores familiares (Farinha e Lavadinho, 1997: 22).

A 16 de Maio de 1997 foi celebrado um protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados com vista à criação do projecto

[41] Foi criado em Bristol, em 1976, o primeiro Centro de Mediação Familiar (cfr. Paula Lucas Rios. www.verbojuridico.net).

[42] O *United Kingdom College of Family Mediators* é a associação mais representativa dos mediadores familiares britânicos, tendo criado inclusivamente um conjunto de regras que formam uma código de conduta a seguir pelos seus associados.

"Mediação familiar em conflito parental", com o objectivo de implantar um serviço de mediação familiar[44], a título experimental, em matérias de regulação do poder paternal.

Alguns meses mais tarde, o Despacho nº 12 368/97, de 9 de Dezembro veio criar, na dependência do Ministério da Justiça, um gabinete destinado a assegurar um serviço público de mediação familiar, em situações de divórcio e separação, dada a crescente desagregação familiar, que se reflectia no aumento, nos últimos anos, do número de divórcios no nosso país[45]. Face a essa constatação passou a ser um objectivo do ordenamento jurídico e da intervenção técnico-operativa a prevenção e a resolução de litígios intrafamiliares. Com tal enquadramento foi celebrado em 1997 um protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, que deu lugar ao projecto "Mediação Familiar em Conflito Parental". O Gabinete Público de Mediação Familiar entrou em funcionamento, em Lisboa, em Setembro de 1999, graças à colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, o apoio do Instituto de Reinserção Social e do Centro de Estudos Judiciários.[46]

O âmbito de acção do Gabinete está limitado, nos termos do Despacho n.º 12 368/97, de 9 de Dezembro, ponto 2, às situações de "conflito parental relativas à regulação do exercício do poder parental, à alteração da regulação do poder paternal, à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime de exercício do poder parental para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa." São suas tarefas de acordo com o mesmo Despacho, ponto 3, "o atendimento dos utentes; a orientação, a mediação e o acompanhamento em situações de conflito parental; a divulgação dos objectivos e métodos da mediação familiar; a formação na

[43] Em 1994-95 teve lugar o primeiro curso de mediação familiar, organizado e dirigido pelo Centro de Estudos Judiciários e pelo Instituto Português de Mediação Familiar.

[44] De acordo com Farinha e Lavadinho (1997: 19) "a mediação familiar pretende contribuir para evitar o confronto do julgamento, prevenir o incumprimento das sentenças e fomentar a participação e a responsabilidade de ambos os progenitores relativamente aos vários aspectos de regulação do exercício do poder paternal, por forma a garantir que ambos continuem a exercer as suas funções parentais".

[45] Ver a este propósito, entre outros, Santos *et al.,* (1996: 194-196).

[46] O horário de atendimento ao público do Gabinete foi fixado entre as 9h30/12h30 - 14h00/17h00, diariamente.

acção; a investigação e avaliação da acção desenvolvida." Para o efeito, o Gabinete dispõe actualmente de uma equipa de onze mediadores[47].

Os objectivos do Gabinete são a conciliação e facilitação da negociação do conflito familiar em causa e a desdramatização da ruptura familiar. Para o efeito é levado a cabo o atendimento de famílias em fase de separação, através de contactos com profissionais com formação em psicologia, direito ou serviço social. Há dois tipos de mediação: a global e a parcial. A primeira ocupa-se da resolução de todas as questões que surgem numa separação ou divórcio, como a partilha dos bens, das responsabilidades financeiras, destino da casa, filhos. A mediação parcial visa sobretudo estabelecer o entendimento entre os pais sobre as condições de vida dos filhos. Na base desta forma de mediação está o conceito de parentalidade partilhada, ou seja, a possibilidade de ambos os pais continuarem a estar presentes na educação dos filhos.

No que diz respeito à mediação propriamente dita, os objectivos prendem-se com o seguinte: possibilitar ao casal em fase de separação um ambiente propício à negociação, assegurar a continuidade das relações paterno-filiais, a responsabilização de ambos os pais pela educação e bem estar dos filhos, prevenir eventuais incumprimentos de acordos de regulação do exercício do poder paternal, reforçar a capacidade negocial do casal. Visa-se fomentar estratégias de superação da crise familiar e incentivar as relações entre pais e filhos[48].

É promovido, assim, o diálogo e a capacidade negocial, a continuidade das relações entre pais e filhos, bem como a realização pessoal e parental do casal, a diminuição da exposição pública das questões familiares e a morosidade e burocracia dos processos judiciais. Desta forma, "o traço característico fundamental da mediação reside na afirmação da capacidade e do poder de decisão do conflito pelos mediados. É o mediador quem tecnicamente controla o processo de mediação mas são os mediados

[47] Artigo de Mafalda Ganhão, «A arte de bem gerir todos os conflitos», na *Revista Vidas* do Jornal Expresso de 19 Maio de 2001.

[48] Pode recorrer ao Gabinete quem, sendo casado ou vivendo em união de facto, pretenda separar-se e resolver as questões relativas aos filhos, por meio de negociação e de acordos; os pais que, apesar de não viverem juntos, tenham a intenção de regularizar a situação dos filhos e todos os casais que não tenham recorrido a tribunal ou que tenham obtido a suspensão do processo.

quem controlam, na íntegra, o seu início, o seu conteúdo e o seu desfecho" (Farinha, 1999: 29)[49].

No ano de 2000, segundo dados fornecidos pelo Gabinete de Mediação Familiar[50], foram registados 457 contactos telefónicos, em que 68% eram do sexo feminino. Os cidadãos, em regra, tomam conhecimento da existência do Gabinete através de amigos, da imprensa escrita, do tribunal ou de outros organismos onde são afixadas informações sobre a sua actividade e competência. Os contactos encetados pelos cidadãos procuraram recolher informações sobre a regulação do exercício paternal (REPP), o divórcio, o incumprimento do REPP ou, simplesmente, para saber como funciona o Gabinete. O número de processos de mediação familiar com que o Gabinete lidou no ano de 2000 foram 63 (30 iniciados, 28 terminados e 5 pendentes). Destes, 33 foram dados como terminados, sendo 20 com acordo e 13 sem acordo. Os processos dados como terminados tinham como objectivo principal a regulação do exercício do poder paternal (25 ddos 33 processos). A grande maioria das pessoas que recorreu ao Gabiente são técnicos qualificados ou quadros superiores e foram encaminhados para esta entidade, principalmente, através do tribunal.

Esta forma de mediação de conflitos insere-se na tendência da desjudicialização das questões de cariz familiar. O Estado detém hoje uma posição subsidiária e supletiva na resolução de conflitos familiares, dada a atribuição aos interessados da capacidade para a resolução dos problemas pessoais. Hoje, "a desjudiciarização das questões familiares tem, assim, apenas como limites a justiça e a equidade" (Farinha e Lavadinho, 1997: 35). Esta tendência desjudicilizadora encontra suporte no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, nos princípios que norteiam o direito da família e nos artigos 1407º, n.º 2 do Código de Processo Civil e 1773.º a 1778.º-A do Código Civil. A mediação familiar é, pois, conforme à tendência desjudicializadora, sendo-lhe cara "uma progressiva substituição, a que se vem assistindo, da «justiça ritualizada» por uma «justiça de proximidade»".

[49] Outro objectivo do Gabinete é a sua divulgação, bem como a formação permanente e complementar de técnicos de mediação familiar, prestando apoio técnico aos mediadores familiares.

[50] Os nossos agradecimentos à Dra. Luisa Aboim Inglez pela disponibilização dos dados estatísticos referentes à actividade do Gabinete de Mediação Familiar durante o ano de 2000.

Os princípios subjacentes à mediação familiar são a voluntariedade, a consensualidade, o carácter eminentemente pessoal, a neutralidade, imparcialidade do mediador, a flexibilidade, a confidencialidade, a extrajudicialidade e a informação ou assessoria técnica.

As partes devem ter liberdade para recorrerem à mediação familiar, bem como para desistirem, a qualquer momento, se assim entenderem. Também o mediador deverá ter a possibilidade de desistir do processo por razões éticas. O objectivo de todos os processos de mediação é atingir um acordo satisfatório para as partes. Como se trata de um processo dotado de grande cariz pessoal, as partes devem estar presentes em todas as sessões de mediação, podendo, contudo, fazer-se representar por mandatários judiciais, se assim entenderem.

A mediação é flexível e deve ajustar-se aos desejos das partes, respeitando-os. Daí que por vezes haja soluções inovadoras, perfeitamente adaptadas à família em questão, obedecendo às suas intenções, tempo e ritmo.

O mediador pode prestar informação jurídica, mas nunca assessoria jurídica. Pode, sim, encaminhar as partes. O mediador terá de desempenhar essas funções com imparcialidade, neutralidade, não devendo impor qualquer solução às partes. É fundamental a confidencialidade que deve estar subjacente à mediação. O mediador é uma entidade neutra e imparcial, nunca poderá ser arrolado como testemunha em nenhum processo relacionado com o teor da mediação. Não estará a coberto de tal confidencialidade qualquer informação que não seja de cariz pessoal ou que constitua uma ameaça para a integridade física ou psíquica de alguém. O mediador deverá ter a sensibilidade para aferir se houve alguma forma de violência entre as partes e se será de prever que tal se venha a repetir, situação na qual deverá ponderar se o processo de mediação será adequado.

A mediação familiar intervém, prioritariamente, com conflitos pré-judiciais, mas pode também intervir, dada a sua autonomia face ao poder judicial, no decurso de um processo judicial, desde que se suspenda voluntariamente a instância, ou depois deste. O processo de mediação é célere, sendo necessárias, em regra, oito sessões semanais ou quinzenais. "A mediação concretiza-se num processo, traduzido numa sucessão ordenada de actos e de fases, dirigido e controlado tecnicamente pelo mediador, em

sintonia com as exigências de restabelecimento da comunicação entre os mediados e com as finalidades da mediação" (Farinha e Lavadinho, 1997: 35). É constituído por algumas etapas, a primeira das quais consiste em ambas as partes aceitarem voluntariamente a mediação. Uma vez alcançada a concordância das partes, tem lugar a primeira sessão, cabendo ao mediador esclarecer dúvidas relacionadas com o processo de mediação, com os deveres e direitos das partes e com as regras a respeitar. As partes devem, nesta fase, estabelecer quais os assuntos que pretendem resolver, quais as suas intenções. São então abordadas as alternativas possíveis e a sua viabilidade. Segue-se a negociação, fase esta que culmina na obtenção do acordo. A situação óptima será o acordo fornecer solução para todas as questões levantadas no início do processo de mediação, o que nem sempre sucede – mas a resolução de alguns deles constitui já uma vitória. De seguida procede-se à redacção do acordo que focará todos os aspectos que as partes visam solucionar. O acordo será homologado judicialmente, o que o lhe confere eficácia legal. A questão submetida a mediação está assim decidida.

O acordo poderá não ser homologado pelo juiz se for levantada alguma questão de legalidade acerca de qualquer das suas cláusulas ou se o juiz se aperceber que não corresponde à vontade das partes ou que não permite a prossecução dos interesses em causa, se dele resultar algum prejuízo ou ofensa para os interesses da criança ou de algum dos cônjuges. Pode acontecer que um acordo contenha matérias para as quais o juiz não disponha de legitimidade, visto que quase todos os aspectos podem ser abordados no âmbito de um processo de mediação familiar[51].

O mediador é a figura essencial no processo de mediação. Em alguns países da Europa existem já códigos ou regras deontológicos de acordo com os quais os mediadores devem pautar a sua actuação. Aspectos indispensáveis são a confidencialidade, a imparcialidade, a neutralidade, o segredo profissional, a independência. Prevêem esses códigos, ainda, a incompatibilidades do mediador, as suas habilitações, formas de intervenção, definição do que constitui a sua função, remuneração, direitos, relações entre mediadores e entre estes e as diversas instâncias

[51] Quando, como resultado de uma mediação se estabelece um acordo, em geral não é colocado qualquer obstáculo à sua homologação. Tal aceitação quase generalizada dos acordos deve-se à Recomendação do Conselho da Europa no sentido da promoção, divulgação e adopção de medidas que facilitem a

com as quais têm de se relacionar. "A imparcialidade e a neutralidade do mediador impõem-lhe uma atitude de equidistância permanente em relação aos mediados e impede que o mediador assegure a representação, a defesa ou a promoção dos interesses dos mediados ou de qualquer deles. Razões de natureza deontológica tornam também incompatível a actividade de mediação com o desempenho daquelas funções pelo mediador face aos mediados, em momento anterior ou posterior ao processo de mediação" (Farinha, 1999: 29).

É essencial que existam formas adequadas de selecção, de formação e de qualificação de mediadores. Os mediadores deverão ser certificados. É desejável que a sua formação seja contínua. Como formação complementar, o mediador familiar deve ter formação em técnicas de comunicação, de gestão de conflitos, de negociação e solução de problemas, assim como de psicologia e de assuntos jurídicos. Isto é, "Com o seu quê de psicólogo, a preparação de um advogado e o sigilo de um padre, o mediador familiar é alguém que pode ajudar um casal em ruptura a reencontrar a via do diálogo para resolver os seus próprios conflitos familiares. Não se trata de ajudar a salvar casamentos ou de promover soluções externas à vontade de ninguém. A mediação familiar – conceito que em Portugal ainda soa a novidade – é, antes de mais, a promessa de que nem só de tribunais e longos processos litigiosos vivem os divórcios"[52].

Por fim, diga-se que os mediadores deverão estar sujeitos a sanções, por acção ou por omissão. As sanções, que poderão ir da admoestação à suspensão, deverão ser fixadas de acordo com a infracção em causa.

A mediação familiar deve ser um recurso voluntário e os Estados devem ter a liberdade para a implementar ou não. Porém, seria benéfico que fosse promovida a sua divulgação. O ideal é que seja gratuita, como sucede entre nós, sobretudo para quem estiver em condições de beneficiar da concessão de apoio judiciário. Uma limitação importa referir: não deverá, em regra, ser possível aceder à mediação familiar duas vezes com o mesmo objecto.

---

homologação judicial dos acordos a que se chega em mediação familiar. Deve-se ainda à manifesta preferência da nossa lei pela resolução destas questões por meios extrajudiciais, por soluções consensuais.

[52] Artigo de Mafalda Ganhão, «A arte de bem gerir todos os conflitos», na *Revista Vidas* no Jornal Expresso de 19 Maio de 2001.

A regulamentação da mediação familiar em Portugal é necessária para permitir a sua autonomia e complementaridade em relação ao sistema judicial e mesmo às profissões-base (psicólogos, assistente social, advogado). Urgente é também a adopção de regras deontológicas.

Tudo isto porque, nas palavras de António Farinha, o magistrado coordenador do Gabinete de Mediação Familiar até Novembro de 2000, "dos casais que recorrem à mediação, a percentagem de sucesso é claramente maioritária"[53]. Acrescenta o coordenador que nas "sociedades ocidentais, tem-se uma visão negativa do conflito. Este está sempre associado ao sofrimento, à perda de poder e à frustração. A mediação familiar faz do conflito uma ideia nova, positiva, na medida em que encaramos o momento do conflito como algo que permite uma reorganização da sua vida que seja mais satisfatória"[54].

3. Os conflitos de vizinhança: a mediação comunitária ou social

As relações de vizinhança não constituem unicamente uma mancha no mapa, assumindo-se, essencialmente, como um conjunto de pessoas, de várias raças, sexos e idades, que vivem ou trabalham numa mesma área e que, deste modo, partilham um sentimento de comunhão, de pertença a algo, à sua rua ou ao seu bairro[55].

As primeiras experiências da resolução de conflitos neste tipo de relações foram realizadas nos Estados Unidos, nos bairros sociais mais pobres, no início da década de 70. O objectivo destas experiências foi não só facilitar o acesso à justiça por parte de todos os cidadãos, mas igualmente sensibilizar os habitantes do bairro para a gestão dos conflitos ligados à vida quotidiana e, assim, reduzir a tensão social, criando uma solidariedade através da participação de todos na resolução dos conflitos. Analisamos

[53] *Idem*.

[54] *In* Direito em Revista, n.º 1.

[55] Marshall (1991: 65 e ss.) analisa em pormenor as principais vantagens e desvantagens da aplicação dos ADR neste tipo de litígios, bem como os seus limites de aplicação. Por seu lado, Tomasic (*apud* Mackie, 1991: 90-91) enumera 18 vantagens da mediação em relação à adjudicação.

neste texto três tipos de experiências: uma nos EUA, outra nos bairros sociais de França e, ainda, outra na Grã-Bretanha.

3.1. A mediação comunitária nos Estados Unidos da América

No final dos anos 60 e inícios dos anos 70, um grande número de programas públicos experimentais foram desenvolvidos para lidar de modo efectivo com litígios entre vizinhos. As primeiras experiências foram realizadas pelo *Philadelphia Municipal Court Arbitration Tribunal* e pelo *City Prossecutor´s Office* de Columbus. O primeiro propunha a utilização da arbitragem para a resolução destes litígios e o segundo a mediação. Posteriormente, surgiram outras iniciativas públicas e privadas como o *Dorchester Mediation Program,* levado a cabo no *Urban Court* no Estado de Massachussets, em 1975, cujo objectivo foi auxiliar os residentes de Dorchester a solucionarem os seus problemas raciais e culturais, e o *Rochester Community Dispute Services Project,* levado a cabo em Nova Iorque.

The Rochester Center for Dispute Settlement foi criado, em 1973, pela *American Arbitration Association* em colaboração com as estruturas estatais locais. Este programa foi desenvolvido no seguimento do sucesso registado pelo programa de mediação escolar realizado na cidade. O programa fornece serviços de conciliação, mediação e arbitragem. A partir de 1990, o centro criou também um departamento que desenvolve programas de formação de mediadores. Nos últimos anos, o centro alargou a sua área de actuação a casos que envolvem menores e mediação familiar, incluindo acordos de regulação do poder paternal.

A partir destas primeiras experiências, a mediação comunitária registou um enorme crescimento, surgindo nos últimos 20 anos centenas de programas de mediação em todo o país. Estes programas visam resolver disputas entre indivíduos e por vezes entre grupos ou organizações. Muitos deles são financiados por organizações não lucrativas embora agências governamentais também os patrocinem. É significativa a contribuição de organizações como a *American Arbitration Association*, a *American Bar Association* e *The Institute for Mediation and Conflicts Resolution*.

Todos os programas surgidos utilizam a mediação e partilham os mesmos princípios na resolução do litígio. Geralmente, uma das partes leva ao centro o problema com que se deparou e o centro entra em contacto com a parte contrária. Se a parte contrária aceder à resolução do problema através do centro, é fixado um encontro com o mediador num local neutro. Durante algumas horas as partes discutem o problema sob a orientação dos mediadores cuja função é estabelecer regras para a discussão, enquanto tentam estimular uma livre e justa troca de opiniões. No entanto, o alcançar de um acordo é única e exclusivamente da responsabilidade das partes. O Centro pode fornecer uma sessão adicional se esta for necessária e, uma vez obtido o acordo, o centro, passadas algumas semanas, contacta as partes de modo a confirmar se o acordo está a ser cumprido.

Apesar de em traços gerais os vários projectos surgidos partilharem deste procedimento, alguns apresentam algumas diferenças, integrando-se por vezes em lógicas diferentes como é o caso dos *esquemas* praticado pela *Community Board of San Francisco*, ou pelo *Neighbourhood Justice Center.* Os *Neighbourhood Justice Center* (NJC) integraram-se num conjunto de três experiências piloto financiadas por um organismo estatal para a resolução extrajudicial de conflitos, o *United States Department of Justice Community Relation Service*. O projecto *Neighbourhood Justice Center* iniciou-se em 1978 com três centros localizados em grandes cidades (Atlanta, Kansas City e Los Angeles), e após duas décadas ainda subsiste. O objectivo dos centros é permitir uma maior institucionalização dos conflitos que fogem ao aparelho judicial, seguindo uma lógica de integração social e traduzindo-se numa alternativa comunitária não judicial erguida contra barreiras económicas e sociais representadas pela adjudicação formal (Bonafé-Schmitt, 1992: 123 e ss.).

O primeiro objectivo das NJC foi criar um mecanismo comunitário mais activo, com a utilização de técnicas, como a mediação, em que uma terceira parte neutral ao conflito desempenha um papel que pode ser considerado mais terapêutico e activo do que um juiz. As partes são incentivadas a chegar a um acordo sobre um comportamento futuro, em detrimento de se efectuar um julgamento confinado aos precedentes legais e leis acerca de comportamentos passados. Aos centros podem ser submetidos conflitos entre pais e filhos, amigos, vizinhos, estudantes e professores, senhorios e inquilinos,

colegas de trabalho, empregados e desempregados, e podem incidir sobre litígios respeitantes ao barulho, danos causados nas propriedades, queixas respeitantes a animais de estimação, conflitos entre indivíduos de diferentes raças e culturas, vandalismo, etc. As NJCs não têm poder para impor uma multa ou prisão, mas podem estabelecer indemnizações para os casos de injúrias ou perda de propriedade. Os NJC não têm uma área específica de actuação e intervêm em pequenos litígios, tendo, no entanto, sido prevista a colaboração com tribunais municipais, tribunais de pequenas causas, polícia, serviços públicos e grupos comunitários. A mediação entre as partes pode ser efectuada por pessoas ligadas, por exemplo, à área dos negócios, à escola, à igreja, à advocacia, autoridades policiais, sendo todos os serviços prestados gratuitos. Com o decurso dos anos, e a crescente implantação e sucesso dos centros, estes três projectos adicionaram outros serviços como a arbitragem, a assistência técnica, a mediação escolar e a formação de mediadores.

Uma outra iniciativa bastante conhecida é a *Community Board* de S. Francisco. O modelo foi criado em 1976, por Ray Shonholtz, e o seu objectivo foi desenvolver negociações comunitárias e alternativas, mostrando a capacidade das comunidades não só em tomarem para si a resolução dos conflitos, mas também de ultrapassarem as diferenças existentes antes de entrarem no sistema judiciário tradicional. Como refere Bonafé-Schmitt (1992: 136), em primeiro lugar, o modelo repousa na complexidade e diversidade da vida social, encorajando o desenvolvimento de modos descentralizados de regulação de litígios, nomeadamente no quadro de entidades sociais não estatais. Em segundo lugar, foi seu objectivo contribuir para o amenizar das relações sociais. Ao contrário do sistema judicial, os partidários deste modelo valorizam os factores de mudança social e não os seus fenómenos de divisão. Por último, oferece-se a possibilidade aos cidadãos de se "reapropriarem" dos modos de gestão dos conflitos, funcionando como fóruns de debate, locais de socialização em zonas urbanas.

Os mediadores são oriundos da própria comunidade, transmitindo assim a ideia da existência de uma espécie de tribunal comunitário informal cujo objectivo é a prevenção de conflitos em relações interpessoais. Um outro objectivo é traçar um método mais efectivo em termos de custos na resolução dos conflitos, dado que o uso de cidadãos, em vez de juizes e jurados é encarado pelo Estado como uma forma de

diminuir os encargos financeiros. O processo centra-se na importância atribuída ao que pensa cada uma das partes e no que estas julgam ser uma solução justa e equitativa. Os participantes têm um papel bastante interventor no que se refere à opção pela mediação do conflito, e são eles que decidem o que vai ser discutido e com que ordem. São também eles que decidem se querem chegar a um acordo e, nesse caso, discutem que medidas vão tomar para se certificarem que o acordo alcançado vai ser respeitado. O processo é confidencial e flexível.

Uma outra intervenção destas estruturas de mediação localiza-se nas relações escolares. Tal como as estruturas da justiça, da comunidade e da família, também a escola, enquanto lugar de socialização está em crise. Com efeito, a violência nas escolas americanas cresceu bastante nos últimos anos, apresentando-se como um tema que regista bastante preocupação entre a opinião pública. Os primeiros projectos foram realizados nos EUA nos anos 80. Por entre os mais conhecidos citam-se os desenvolvidos pelo *Middle County School District New York State*, em que se formam professores e alunos para exercerem a mediação nas relações entre estudantes e entre este e os pais, e o *Conflict Managers Project* iniciado pelo *Community Board* de San Francisco, cujo objectivo é a aprendizagem de técnicas de comunicação e resolução de conflitos escolares e em que os mediadores são jovens que actuam nos intervalos das aulas (Bonafé-Schmitt, 1992: 146).

No seguimento destes primeiros projectos neste domínio, muitos programas de mediação foram realizados, abrangendo, hoje em dia praticamente todas as escolas americanas. Pioneira nesta matéria tem sido a *National Association for Mediation in Education* (NAME)[56], criada em 1984 por um conjunto de pais e mediadores comunitários com o objectivo de publicitar e encorajar a formação de mediadores nas escolas.

Um grande número de programas de mediação também se tem revelado particularmente activo em mediar disputas entre grupos de jovens e *gangs* organizados. Estes programas de mediação consistem em reunir os grupos de jovens com os pais, responsáveis dos estabelecimentos de ensino e outros interessados com o objectivo de resolver os conflitos e prevenir a violência. Uma instituição particularmente activa neste

tipo de conflitos tem sido *The Washington Height Beacons Community Center* de Nova Iorque e o *New Mexico Center for Dispute Resolution*. Este último funciona desde 1987 e fornece um vasto leque de serviços, sendo também bastante activo na formação de mediadores e assistência a disputas de âmbito nacional e internacional. Uma das suas áreas de actuação é a disputa entre *gangs*, actuando não só na área da sua residência mas também nas instituições que acolhem estes jovens. Para o efeito, o centro desenvolveu material de formação, escrito e em vídeo, de modo a auxiliar os programas que pretendem realizar. Outros programas foram também concebidos para tratar conflitos entre vários grupos étnicos e raciais em diversas localidades.

3.2. A mediação social nos bairros em França

Embora não tão desenvolvidas como nos EUA, as primeiras experiências levadas a cabo nesta área foram igualmente implementadas nos bairros mais desfavorecidos. Disso são exemplo o Projecto Valence, as "administrações de bairro", o *SOS Agression–Conflits* de Paris e as *boutiques du droit*.

De acordo com Bonafé-Schmitt (1992: 130 e ss.), os dois primeiros projectos inserem-se numa lógica de integração social, enquanto os terceiro e quarto correspondem, essencialmente, a uma forma de "reapropriação" da justiça. De resto, como defende o autor, em França, o Estado privilegiou uma abordagem de gestão da mediação, colocando o acento tónico na criação de circuitos alternativos, segundo uma lógica de "subcontratação", e não tanto na opção por uma lógica de integração social. Esta abordagem da dualidade da mediação não é feita por acaso, pois também ela reproduz os jogos de poder entre os principais actores políticos com competência nos bairros. Cada um possui interpretações e lógicas diferentes, como é o caso do Ministério da Justiça que tende a privilegiar uma lógica de "subcontratação" e a *Delégation Interministeriele à la Ville et au Dévelopment Urbain (DIV)* que acentua a integração social.

[56] Em 1995, a NAME fundiu-se com o *National Institute of Dispute Resolution*.

O Projecto Valence foi criado em 1985. É uma instância de resolução de conflitos, fruto de uma reflexão dos magistrados que consideraram inadequado o modelo judicial para resolver litígios que não se baseiam na oposição de interesses, mas sim em relações contínuas, como as de vizinhança (Bonafé-Schmitt, 1992: 131). O projecto compreende a existência de uma comissão de conciliação que intervém em problemas de vizinhança e actos de vandalismo, envolvendo danos pouco elevados, injúrias e outros pequenos litígios, com o objectivo de prevenir a delinquência, devolvendo à comunidade a resolução dos conflitos que ela própria gera. A experiência cingiu-se a dois quarteirões da cidade e os conciliadores foram escolhidos entre pessoas conhecedoras do bairro.

As "administrações de bairro" apesar de não serem uma instância de mediação propriamente dita, exercem uma actividade que pode ser considerada de mediação. São estruturas de tipo paritário, agrupando instituições municipais e as associações de bairro, que têm como objectivo não só disponibilizar a proximidade dos serviços, mas também favorecer uma regulação social (Bonafé-Schmitt, 1992: 133). Desempenham igualmente um importante papel de mediação entre habitantes e instituições, intervindo em questões técnicas, como a ajuda às vítimas, e conflitos individuais respeitantes à higiene e barulho, oferecendo um lugar de aconselhamento.

As *boutique du droit* foram criadas no início dos anos 80 por iniciativa de advogados e associações comunitárias, dada a necessidade da existência de uma estrutura colectiva de proximidade dos cidadãos e, deste modo, originar um melhor acesso ao direito por parte dos mais desfavorecidos. A primeira *boutique du droit* a ser criada foi a de Lyon em 1980[57]. Mais tarde, em 1986, a *boutique du droit* em colaboração com três outras associações (*Movement d´action Sociale*, *San Marco* e *MJC* de Perrache), desenvolveu um projecto de mediação no bairro de Perrache, dando lugar à associação *Themis-Association de Mediateurs*. Em 1988, a *boutique du droit* de Lyon criou a Associação de Mediação de Lyon, também designada por *Amelly*[58], que realiza sessões de formação na área da mediação social, penal, familiar e escolar, quando para tal é solicitada pelos municípios ou associações de ajuda à vítima. Posteriormente,

[57] Sobre a história das *Boutiques du Droit* consultar ww.multimania.com/mediation/histoBf.htm.

[58] Cfr. www.multimania.com/mediation/amelyf.htm

considerou-se importante alargar esta iniciativa a outras localidades e, de 1989 a 1995, foram criadas *boutiques du droit* em Venissieux, Lyon Duchère, Lyon Croix Rouge, Déciners e Lyion Gerland.

As *boutiques du droit* são um projecto de mediação social que envolve a participação de todos os habitantes. Uma vez que, tal como as relações familiares, estas são relações contínuas, o problema, muitas das vezes, resume-se à falta de comunicação ou a um mal entendido que é resolvido através da mediação e em que é dada a cada uma das partes a oportunidade de exprimir a sua opinião. No entanto, dado que a mediação é um procedimento flexível, a resolução do problema pode não se resumir a um encontro entre as partes e o mediador. É possível que o mediador logo num encontro preliminar se aperceba que a questão deve ser resolvida em encontros separados entre as partes, por telefone ou por carta. O projecto agrega à sua volta empregados e desempregados, juristas e não juristas, habitantes de bairro e pessoas alheias a ele. Os mediadores são os próprios habitantes do bairro e na sua escolha não é privilegiada uma qualquer actividade profissional ou jurídica, prevalecendo, pelo contrário, um critério social, designadamente da composição sócio-demográfica da população.

Para além das *boutiques de droit*, o *SOS agression–conflits* de Paris foi o único projecto a ser realizado na área da mediação comunitária. O projecto foi criado em 1983, e terminou em 1988, devido a divergências internas, partindo da ideia da utilização da mediação como meio para operar uma transformação das relações sociais (Bonafé-Schmitt, 1992: 135-136)[59]. O seu objectivo era auxiliar as pessoas vítimas de actos de delinquência e, em caso de litígio, fomentar o encontro entre as partes de modo a solucionar o litígio. Para alcançar este objectivo, o projecto dispunha de um serviço de mediação. O próprio SOS formava os mediadores com o objectivo de que a mediação se tornasse a principal forma de resolução de conflitos em todos os domínios da vida social.

[59] O sistema de acesso ao direito e à justiça francês foi recentemente reformulado. A criação das *Maisons de Justice et du Droit* e dos *Points d'Accès au Droit,* junto de entidades públicas e associações, veio reforçar a vertente de informação jurídica e de justiça de proximidade, envolvendo processos de mediação e conciliação. O tema do acesso ao direito e à justiça é uma das linhas de investigação que se encontra actualmente em curso no Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, prevendo-se a elaboração de um relatório durante o ano de 2002.

3.3. Os conflitos comunitários na Grã-Bretanha

Na Grã-Bretanha, no início dos anos 80, vários projectos na área da resolução dos conflitos comunitários tomaram forma em diversas partes do país. Esses projectos foram impulsionados por organizações independentes, financiadas por contribuições de associações ou particulares, que fornecem serviços em matéria de disputas entre habitantes de um mesmo espaço físico. Na Irlanda do Norte, alguns dos projectos têm também como objectivo a reconciliação entre brancos e negros e, principalmente, entre católicos e protestantes.

O primeiro modelo de mediação comunitária existente na Grã-Bretanha foi o *Project Newham Conflict and Change,* com início em 1984, mas o *Lightmoor Project,* realizado três anos mais tarde, obteve uma importante publicidade, chamando a atenção, não só da comunidade científica mas também do público em geral, para os conflitos comunitários e novos mecanismos para a sua solução. Com efeito, o *Lightmoor Project* venceu o prémio patrocinado pelo *The Times/Royal Institute of British Architects Scheme* referente à empresa comunitária do ano, tendo a imprensa em geral considerado o projecto como o melhor exemplo de uma experiência que tenta reduzir o *gap* de comunicação entre as pessoas. A sua origem ficou a dever-se ao facto de se considerar que os grandes empreendimentos habitacionais ou comerciais se revelaram pouco eficazes na área das relações sociais que aí se estabeleceram. O projecto *Lightmoor* é um projecto de pequena dimensão, agregando unicamente 14 casas e locais de trabalho, e consistiu na junção de vizinhos, trabalhadores ou desempregados, com o objectivo de se construírem ou remodelarem casas, locais de trabalho e jardins de modo a criar um *novo bairro* e, assim, se estabelecesse uma estreita relação entre as pessoas. De acordo com Gibson (1991: 146 e ss.), um dos responsáveis pelo projecto, a troca de ideias surgiu naturalmente e o factor-chave deste projecto foi o compromisso que se estabeleceu entre as pessoas, ultrapassando-se desta maneira possíveis dificuldades de comunicação.

No que respeita aos processos de tomada de decisão, e técnicas utilizadas, foram elaborados grande variedade de *pacotes* e *manuais* de tomada de decisão, que possibilitam às pessoas transmitir a sua opinião sobre os assuntos mais variados, como

por exemplo, as empresas comunitárias, o ambiente e a indústria. Apesar de já existirem cerca de 40 *pacotes* aplicáveis às mais variadas situações, o princípio subjacente a todos eles permanece o mesmo, ou seja, lançar uma ideia que todos reconheçam e aceitem e que serve como base de trabalho.

Um dos pacotes mais populares é o *Planning for reals*[60] criado e difundido pela *Neighbourhood Iniciatives Foundation*[61]. O projecto foi inicialmente levado a cabo em Shefield, sendo posteriormente utilizado por autoridades locais e por grupos comunitários de 100 localidades na Grã-Bretanha[62]. O seu propósito é que as pessoas identifiquem o que é necessário ser feito de modo a melhorar o espaço físico que as rodeia e, assim, melhorar a comunicação entre elas através da integração dos cidadãos no seu meio ambiente (Gibson, 1991: 146 e ss.). Trabalhando sobre a ideia comum de construção de um novo tipo de bairro, existe posteriormente a divisão das tarefas por grupos (casas, transportes, património cultural, etc.) que rapidamente identificam os problemas existentes. Por exemplo, o grupo responsável pelos edifícios identificou casas degradadas ligadas à prática da prostituição, não estando as autoridades policiais a par desse facto (Gibson, 1991: 148).

No seguimento destes projectos experimentais, na década de 90 foram criados por toda a Grã-Bretanha vários centros em que são prestados serviços de mediação comunitária. A título exemplificativo indica-se a existência no, País de Gales, do *Cardiff Mediation-Community Dispute Resolution*, o *Mediation Mid Wales*, o *Monmouth Mediation,* o *North Wales Area*, o *Mediation South and West Wales*. Todos os *esquemas* adoptados são fruto de iniciativas locais, algumas delas promovidas pela FIRM, a Associação Nacional Promotora da Mediação nas Ilhas Britânicas, uma organização sem fins lucrativos que presta informação no uso da mediação, concebe

[60] O *Planning for Real* utiliza como base de trabalho um modelo 3D do bairro. Através dele pretende-se que a comunidade apresente sugestões de melhoria da área, identificando os seus problemas específicos. Este *pacote* compreende o material para a construção, que inclui fichas que serão adicionadas ao projecto e que identificam as prioridades a serem desenvolvidas de modo a que os vizinhos participem no processo operativo do modelo. Face à maqueta, os interessados utilizam marcadores que assinalam as necessidades do bairro e identificam os acordos e futuros compromissos. O pacote inclui igualmente material publicitário para dar a conhecer o projecto em todo o bairro.

[61] Cfr. www.rmac.arch.uniroma3.it/webLC/planfr/PFP.html.

[62] O *pacote* foi também desenvolvido noutros países como a Tanzânia, Zâmbia, Índia, Cambodja, Alemanha, Austrália e E.U.A.

projectos, cria procedimentos e treina mediadores. O seu objectivo é solucionar disputas entre vizinhos, podendo geograficamente incluir só o bairro onde residem, o município onde habitam ou mesmo toda a cidade (Pedroso e Cruz, 2000: 50-59).

3.4. A mediação social em Portugal: breve referência a dois projectos

Portugal não está imune a estas experiências de mediação comunitária e social dos conflitos entre vizinhos, designadamente nos bairros mais vulneráveis das grandes cidades como Lisboa, Porto e Setúbal[63]. Estes projectos são embrionários, de dimensão e naturezas diversas. Tem como objectivos, por um lado, a integração social e o combate à exclusão social, mas, por outro lado, também gerem, previnem e resolvem litígios entre vizinhos, contribuindo inclusivamente para prevenir que os jovens desses bairros venham a construir carreiras criminais[64].

A Associação Cultural Moinho da Juventude[65], de Alto da Cova da Moura, na Amadora, realizou um curso de mediadores, no âmbito do Programa Horizon/Integra, entre 1996 e 1998[66]. Esta acção de formação de mediadores culturais visava "a qualificação profissional de jovens líderes e a sua integração profissional, numa área nova e inexplorada em Portugal: a mediação na escola. Esta surge motivada pela situação da população africana residente no Bairro Alto da Cova da Moura" (Coelho, 1998: 2). O relatório de avaliação desta acção, realizado pela própria Associação, e coordenado por Cristina Coelho, realça a importância deste projecto porque "o princípio da mediação é o de assegurar que pessoas em situação de desvantagem social tenham as

[63] A Associação Lisbonense de Proprietários inaugurou, em Maio de 2001, o Centro de Arbitragens Voluntárias, com o fim de minimizar os conflitos e proporcionar aos inquilinos e proprietários uma justiça mais célere. O Centro funcionará como um tribunal, presidido por um juiz que mediará os conflitos existentes entre proprietários e inquilinos. O Centro de Arbitragens apenas incide sobre contratos recentes e sobre aqueles nos quais as partes manifestam o seu acordo em aditar ao contrato já existente uma cláusula a prever o recurso ao Centro, no caso de eventuais problemas (Expresso de 19 de Maio de 2001 e de 2 de Junho de 2001).

[64] A mediação social na área penal é analisada no capítulo referente à justiça penal.

[65] Esta associação surgiu em 1984, em resultado da dinâmica da população que procurava reivindicar a busca de soluções relativas ao desemprego, às águas e esgotos e à ocupação de tempos livres das crianças e jovens. No bairro onde actuam, vivem cerca de 6000 pessoas, sendo ¾ oriundos dos PALOP, sobretudo de Cabo Verde (Coelho, 1998: 7).

mesmas oportunidades de acesso e o mesmo nível de qualidade de que usufrui qualquer outro cidadão. Este princípio assume especial importância ao nível da instituição escolar pelo efeito preventivo e multiplicador de que é portadora, no sentido de uma efectiva integração e participação social. Mas a vida das crianças e jovens das minorias culturais na Escola não é fácil..." (1998: 2).

A avaliação do projecto da Associação Moinho da Juventude permitiu retirar duas reflexões principais, fruto da experiência vivida: a primeira, relacionada com a formação dos mediadores culturais; e a segunda, que destaca a ligação entre a integração e a aprendizagem da língua. A primeira, exige do mediador uma tradução constante das culturas envolvidas, no sentido de promover os melhores métodos de interacção cultural e de superar a distinção entre culturas minoritárias e cultura dominante. "O mediador é um gestor de rupturas culturais. Por isso, mais importante que o conhecimento necessário das diferentes culturas é a análise da própria implicação nessas culturas" (Coelho, 1998: 31).

A segunda reflexão que o relatório retira refere-se ao papel que a escola desempenha como instituição de mediação cultural. A interculturalidade exigida em caso de confronto de culturas aplica-se através, por exemplo, do bilinguismo cultural. "O bilinguismo cultural é o que pode permitir a «navegação social tranquila», combinando aceitação das raízes culturais do grupo de pertença e consciência do direito a ter direitos na sociedade de acolhimento. Língua e cultura estão intimamente relacionadas, nomeadamente durante o processo precoce de socialização. Separá-las será uma falha para a compreensão do processo de resocialização, isto é, de integração e participação na sociedade, por parte de qualquer grupo minoritário [...] Por outro lado, significa criar um equilíbrio identitário, pois valorizar a língua é valorizar raízes culturais" (Coelho, 1998: 31).

No seguimento deste projecto, e face aos resultados produzidos por esta e outras iniciativas, o Ministério da Educação e o Ministério do Trabalho e da Solidariedade publicaram o Despacho conjunto n.º 304/98, de 31 de Março, alargando aos mediadores culturais para a educação o despacho conjunto n.º 132-A/ME/MQE/96, de 26 de Julho,

[66] Existem também projectos de mediação cultural junto de comunidades ciganas em vários pontos do país. Sobre os mediadores ciganos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa ver Costa (1996).

que aprova a execução de um programa de tempos livres para jovens e crianças dos ensinos básico e secundário e da educação pré-escolar, envolvendo, para o efeito, desempregados inscritos nos centros de emprego do IEFP. A importância que este despacho vem dar aos mediadores culturais deve-se, segundo o seu preâmbulo, a vários factores, que tentamos agora sistematizar: a prática corrente nos vários países da União Europeia dos mediadores culturais para lutar contra os problemas de integração social; a dificuldade das escolas em encontrar soluções para contrariar o abandono escolar precoce entre as crianças e jovens de minorias étnicas; a consideração do Governo de que a escolarização representa um instrumento indispensável para potenciar processos de integração, em especial quando existem grupos étnicos diferentes em termos de cultura, estilos de vida e valores.

O Programa Escolhas, aprovado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 4/2001, de 9 de Janeiro, procura desenvolver um conjunto de medidas junto das crianças ou jovens que, segundo o seu preâmbulo, "se encontram num processo de início ou desenvolvimento de uma carreira de prática de factos, que a lei penal qualifica como crime". O Programa Escolhas teve em consideração, como descreve, os "Princípios orientadores das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil", aprovados em 1990, as conclusões do Conselho Europeu de Tampere, em Outubro de 1999, as recomendações do *Conseil National de Prévention du Crime*, no Canadá, e as experiências de intervenção em bairros sensíveis levadas a cabo pelas autoridades locais francesas, criando agentes locais de mediação social. Depois de efectuar um levantamento sobre os actuais projectos e acções em curso, o Governo resolveu seleccionar 50 bairros onde pretende implementar este programa de forma experimental.

Este programa, limitado territorialmente aos bairros mais carenciados dos distritos de Lisboa, Porto e Setúbal, visa a formação social e pessoal, a formação escolar e profissional e a formação parental. Concretiza-se "através da equipa técnica de cada projecto nos bairros e através dos mediadores jovens urbanos", procurando reconstruir "a relação dos jovens com as respostas educativas, formativas, desportivas e de lazer social" e dinamizar "a criação nestes bairros/escolas de grupos informais ou formais de jovens que participem na construção das referidas respostas, criando, entre os jovens, dinâmicas de inserção e de autoregulação dos seus comportamentos". A implementação

deste programa passa, entre outros objectivos prioritários, pelo desenvolvimento de "áreas estratégicas de intervenção de mediação social, de ocupação de tempos livres e de participação da comunidade". Este programa dirige-se, com particular incidência, segundo a Resolução, "aos jovens dos 12 aos 18 anos e estruturar-se-á em três áreas estratégicas de intervenção: mediação social, ocupação de tempos livres e participação comunitária".

A mediação social comporta, em específico, um conjunto de acções que articulam diferentes organismos estatais e locais, públicos e privados, que após uma avaliação das carências irão desenvolver as acções que considerarem mais importantes. Os mediadores serão seleccionados, junto das zonas de intervenção, e formados através do Instituto Português da Juventude e do Instituto Português das Drogas e da Toxicodependência, integrando posteriormente as equipas técnicas dos projectos de cada bairro.

O Programa Escolhas está, no entanto, a desenvolver-se apenas desde 1 de Janeiro de 2001, pelo que ainda é cedo para podermos avaliar os seus resultados concretos, designadamente o papel que os mediadores desempenham na resolução dos problemas locais.

4. As relações comerciais: breve estudo comparado de experiências ADR (RAL)

A resolução alternativa de conflitos é, assim, geralmente entendida como a resolução de conflitos por outros meios, que não a adjudicação dos tribunais. A definição abrange um vasto número de iniciativas que, genericamente, podem recair em duas áreas. Uma do tipo adjudicativo, de que é exemplo a arbitragem, em que uma entidade independente produz uma decisão que obriga as partes, e a outra, que se baseia num processo de negociação, de que são exemplos a conciliação e a mediação. Por outro lado, estes mecanismos visam solucionar, como referi, os mais variados tipos de litígios e abrangem diversas áreas do direito.

Apesar da renovação do interesse e aumento de estudos sobre as normas e práticas da arbitragem, esta não pode ser olhada como um fenómeno recente. A arbitragem é

praticada desde os tempos antigos, fazendo-se dela uso mais regular na área comercial desde o século XVIII. Com efeito, quando dois negociantes entravam em disputa acerca da qualidade do produto transaccionado, ou sobre os termos do negócio, recorriam a um colega, geralmente conhecedor do ramo, e acordavam em que este decidisse o litígio. Como refere Ferrer Correia (1984/1985: 3), "é de há muito conhecido que a resolução da grande maioria dos litígios emergentes das relações mercantis internacionais (...) é confiada a árbitros, que não os tribunais integrados na organização judiciária dos Estados". No entanto, principalmente a partir da II Guerra Mundial, e com o consequente florescimento do comércio internacional, a arbitragem tem desempenhado um papel cada vez mais preponderante na composição de litígios no campo comercial. Porém, é sobretudo a partir da década de 80 que a resolução judicial de conflitos começou a ser mais fortemente questionada, face ao seu elevado custo, lentidão e pouca eficácia na resolução de disputas comerciais. A partir dessa altura começou a considerar-se, que outras técnicas usadas há décadas para solucionar outro tipo de disputas, por exemplo, como as utilizadas nas relações laborais, como a arbitragem, mas também a mediação, poderiam constituir uma vantagem para grandes empresas comerciais internacionais. Ao contrário do sistema tradicional, estes novos mecanismos poderiam diminuir os custos associados ao sistema judicial[67], incutir uma maior celeridade à resolução do processo e aumentar a eficácia da decisão pela especialização dos julgadores.

Durante os últimos 35 anos a arbitragem na área do comércio internacional tem registado uma crescente importância, dado apresentar vantagens evidentes para a resolução de conflitos originários de relações comerciais. Com a sua utilização ultrapassa-se o facto da legislação divergir de estado para estado e introduz-se uma maior celeridade na resolução do litígio. A confidencialidade do processo é também decisiva, pois evita-se a publicidade que poderá trazer consequências negativas para o desenrolar de negócios. Os árbitros possuem, em regra, conhecimentos técnicos adequados à especificidade do conflito, sendo naturalmente mais adequado às disputas comerciais que frequentemente envolvem matérias não estritamente jurídicas, contribuindo para uma decisão mais justa e adequada. A sentença arbitral possui em

[67] Esta asserção não é pacífica. Entrevistas efectuadas a diversos actores que já intervieram em arbitragens

regra força executiva e é *transportável* para outras jurisdições, ou seja possui força executiva a nível internacional (Convenção de Nova Iorque de 1958).

De facto, o *mundo dos negócios* encaram cada vez mais a arbitragem como um meio privilegiado para a resolução de litígios, enquanto os advogados da área comercial têm vindo a considerá-la, cada vez mais, como uma ajuda ao crescimento de transacções comerciais. Decisiva para esta situação tem sido a acção levada a cabo por organismos privados, alheios aos sistema dos tribunais judiciais e que registaram, na década de 80, um crescimento significativo em todo o mundo, tornando-se a mediação e a arbitragem, no final da década de 90, meios comuns para a resolução de conflitos comerciais transnacionais, internacionais e estaduais.

Nesta perspectiva, e a título exemplificativo, centraremos a nossa atenção na arbitragem transnacional, no direito que ajudou a criar a *lex mercatoria*, através de uma breve análise do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional[68] e do regulamento da Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional.

4.1. A *lex mercatoria*: o direito e a arbitragem transnacional. O caso do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional

O direito das relações económicas internacionais perante a nova realidade do comércio internacional desenvolveu a teoria da nova *lex mercatoria*[69]. Para Goldman (1964: 117) a nova *lex mercatoria* é um "direito espontâneo" fundamentalmente integrado por usos comerciais, "contratos-tipo", cláusulas contratuais típicas, regras

comerciais referem que o seu custo não é inferior ao recurso aos tribunais judiciais.

[68] Atendendo ao carácter exemplificativo deste estudo comparado, não exploramos outros casos de arbitragem transnacional ou casos de arbitragem internacional ou mesmo estadual na área das relações comerciais. Por exemplo, Olgiati (1997) estuda a Câmara de Comércio de Milão, David Newton (1991) estuda o Australian Commerial Disputes Center Limited ou Bonita Thompson (1991) estuda o British Columbia International Arbitration Center, no Canadá.

[69] Os pioneiros desta teoria foram, em França, os trabalhos de Goldman (1964), ou por si orientados, (Fouchard: 1965; Kahn: 1961), no Reino Unido, os trabalhos de Schmitthoff (1964) e, na Alemanha, Rabel (1964). Para seguir a aventura da *lex mercatoria* é necessário falar todas as línguas (Gaillard, 1995: 6) dado que nos últimos trinta anos a literatura sobre o tema é abundante. Numa fase inicial verificou-se uma predominância dos estudos de origem do direito continental, mas nos últimos anos têm sobressaído os provenientes da *common law*. Cfr. por todos, a abundante bibliografia citada em Osman (1992) e Vicente (1990), da autoria quer de entusiastas quer de críticos.

consagradas pela jurisprudência arbitral e subsidiariamente pelos princípios gerais do direito, pelo que este direito seria essencialmente corporativo de índole consuetudinária – o direito *da sociedade internacional dos comerciantes*[70]. Por sua vez, Schmitthoff (1964) tem um entendimento mais amplo. No seu entender este novo *direito do comércio internacional* teria basicamente em vista prevenir os conflitos entre leis estaduais e seria integrado pelo conjunto das regras materiais que têm por objecto as relações mercantis internacionais. Tais regras poderiam ser de fonte consuetudinária (os usos ou costumes do comércio internacional), legislativa (as leis nacionais especialmente reguladoras daquele tipo de relações), jurisprudencial (*v. g.* os arestos dos supremos tribunais nacionais consagradores de regras específicas para as situações jurídicas internacionais) ou convencional (os tratados, em vigor ou não, leis uniformes, leis-modelo e outros instrumentos jurídicos multiestaduais reguladores das transacções comerciais internacionais). A estas regras acresciam as constantes das codificações de usos e as condições contratuais gerais formuladas por determinadas entidades privadas (Vicente, 1990: 136).

Apesar das divergências entre os muitos autores, cuja análise ultrapassaria os objectivos deste texto, é possível, num esforço de síntese, agrupar as fontes da *lex mercatoria* em quatro grandes grupos: a) as normas de origem costumeira, contratual ou corporativa; b) as normas de origem convencional internacional ou de uniformização de direitos estaduais; c) os princípios gerais; d) as decisões dos tribunais arbitrais.

No primeiro grupo encontramos os usos do comércio, em geral, e as codificações privadas desses usos, em especial, elaboradas, nomeadamente, pela Câmara de Comércio Internacional (C.C.I.) ou pela International Law Association (I.L.A.) que, segundo Fouchard (1987: 67), constituem o núcleo duro da nova *lex mercatoria*[71]. Encontramos, ainda, as cláusulas contratuais gerais (elaboradas por uma

[70] Kahn (1961: 2) refere a sociedade internacional dos compradores e vendedores, enquanto Fouchard (1965: 25) alude à comunidade internacional dos comerciantes.

[71] Entre essas codificações da C.C.I. salientam-se os INCOTERMS (Internacional Comercial Terms) - cláusulas que tipificam as obrigações das partes e a repartição da responsabilidade e do risco nos contratos internacionais de compra e venda e transporte - as regras e os usos uniformes relativos ao crédito documentário - cfr. Stouflet (1987: 361 e ss.) que analisa o papel normativo da C.C.I. no domínio bancário - as regras uniformes e modelo de cláusulas relativas às cobranças bancárias, às garantias contratuais, ao transporte combinado, à força maior e à imprevisão, aos contratos de agência, à adaptação de contratos e à extorsão e corrupção em transacções comerciais (publicações C.C.I., respectivamente,

das partes contratantes) e os *contratos-tipos* (elaborados pelas associações económicas ou profissionais) unilateralmente conformados por um dos contraentes, para um número ilimitado de contratos, limitando-se o outro contraente a aceitá-lo ou a rejeitá-lo[72]. Ainda neste grupo encontramos os *contratos sem lei* (que se pretendem autónomos do direito estadual) como alguns dos novos contratos das relações económicas internacionais (*chave na mão, eurobonds, franchising, know-how,* etc.). Muitos deles obedecem aos contratos-modelo já referidos, mas muitos outros são *efémeros*, na sua totalidade ou parcialmente, dado que são concebidos e usados numa única transacção económica (Santos, 1995: 290).

O segundo grupo abrange, segundo Schmitthoff, as convenções de unificação de direito interno, as leis uniformes e as leis-modelo[73].

No terceiro agrupamento temos os princípios gerais da *lex mercatoria*. Osman (1992), após uma análise da jurisprudência arbitral, conclui que os princípios gerais da *lex mercatoria* são subsidiários dos princípios gerais de direito privado (*pacta sunt servanda* ou de boa-fé) e de direito internacional público (os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizados, a que alude o art. 38º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), mas que ao serem usados na regulação do comércio internacional são despidos dos particularismos dos direitos estaduais e interestaduais (público ou privado) e conformados com as especificidades da *societas mercatorum,* nomeadamente o respeito pela intenção dos contratantes e pelo equilíbrio entre os seus

n.ºs 460, 400, 322, 298, 325, 421, 410 e 315). Das codificações de usos comerciais, da I.L.A., salientam-se no domínio do comércio marítimo internacional as regras de York e Antuérpia sobre as avarias comuns.

[72] Entre as cláusulas gerais, refirimos, a título de exemplo, a de força maior, a de *hardship* (alteração das circunstâncias) a *rebus sic stantibus.* Alguns exemplos de contratos-tipo: o contrato de compra e venda de cereais (da *The grain and Feed Trade Association*), o de Transporte aéreo internacional (da *Internacional Air Transport Association*); as condições gerais da comissão económica para a Europa das Nações Unidas relativas à venda de Cereais, ao fornecimento de instalações, de maquinaria e bens de consumo; de venda de seda (da *Silk Association of America*) estudado por Ishizaki (1928); da venda de cereais (da *Associazione del commercio dei Cereali e Semi de Génova*), da venda de algodão (da *Bremer Baumwollbörse*) ou de empreitadas de construção civil (da *Féderation Internationale des Ingenieurs-conseils*); etc. - cfr. Vicente (1990: 140 e ss.).

[73] Como convenções de unificação de direito interno, refira-se a Convenção de Bruxelas de 1924, sobre o transporte marítimo, a convenção de Varsóvia de 1929, sobre o transporte aéreo internacional e a convenção de Viena de 1980, sobre a compra e venda internacional de mercadorias. Entre as leis uniformes saliente-se a de Genebra de 1930, sobre letras e livranças, e a de 1931, sobre o cheque, e as leis uniformes de Haia de 1964, sobre a compra e venda internacional. Como exemplo das leis-modelo temos

interesses[74].

Por último, a jurisprudência dos tribunais arbitrais, ao aplicar e interpretar os usos do comércio, as suas codificações corporativas, os *contratos sem lei,* e ao elaborar e interpretar, de um modo original, os princípios gerais deste direito, assume-se como uma fonte formal importante da *lex mercatoria* (Osman, 1992: 14).

Esta nova *lex mercatoria*, enquanto campo jurídico transnacional que começa a emergir, é um localismo globalizado, constituído por expectativas cognitivas profundas e fidelidades normativas frágeis, reproduzidas pela repetição rotineira de constantes relações contratuais transnacionais originalmente estipuladas pelas empresas transnacionais e seus advogados, pelos bancos internacionais e ainda pelas organizações internacionais dominadas por uns e outros. Conforme as relações de poder entre as partes, e aquilo que estiver em jogo nas transacções, pode funcionar, como já escrevi anteriormente, com grande rigidez (jaula de ferro) ou grande flexibilidade (jaula de borracha): o primeiro regime aplica-se sempre que a diferença de poder entre as partes seja grande, e o segundo regime no caso oposto" (Santos, 1995: 290).

Parafraseando Kahn (1987: 100), esta ordem jurídica mercantil tem de manter, em permanência, uma dupla coerência: uma coerência interna para evitar a dispersão dos seus diversos elementos constituintes – as suas referidas fontes – e uma coerência externa que mantenha a sua originalidade e autonomia face às outras ordens jurídicas, nomeadamente a estadual e a interestadual. A sua finalidade é servir o interesse de tipo económico, mas que é também o seu limite e a sua fraqueza.

---

o Uniform Commercial Code norteamericano e lei-modelo da CNUDCI, sobre a arbitragem comercial internacional.

[74] A doutrina e a jurisprudência arbitral têm aceite como princípios gerais da *lex mercatoria*, embora com divergências, os seguintes: a) entre os *princípios de índole processual*, o da autonomia da cláusula compromissória relativamente ao contrato principal, da capacidade do estado para celebrar convenções de arbitragem e da competência dos árbitros para se pronunciarem sobre a sua própria competência; b) relativamente à *determinação do direito aplicável* na arbitragem comercial internacional, o da liberdade dos árbitros na determinação do direito aplicável, na falta da escolha das partes, a aplicação dos princípios gerais de direito (para uns transnacionais, para outros de direito privado e para outros de direito internacional público) e a aplicação cumulativa dos sistemas de normas de conflitos conectados com o litígio; c) relativamente aos *princípios e regras de direito material*, o *pacta sunt servanda*, o da boa fé (e consequentes deveres de lealdade, de cooperação, de atender às alterações de circunstâncias e de não *venire contra factum proprium*), interpretação segundo boa fé, *culpa in contrahendo*, a validade do silêncio como declaração, a validade do contrato sem a estipulação do preço, a invalidade do contrato quando o consentimento de uma das partes foi determinado por um vício de vontade, a regra *exceptio non adimpleti contractus*, etc. (Vicente, 1990: 146).

Alguns autores, na esteira da teoria jurídica liberal, invocam que para merecer a qualificação de ordem jurídica, um sistema de relações sociais deve compor-se de três tipos de elementos: normas de conduta observadas pelos destinatários, normas de decisão aplicáveis por um juiz e mecanismos de coerção que assegurem a efectividade do sistema, negando deste modo à *lex mercatoria*, por falta deste último elemento, a sua autonomia normativa face ao direito do Estado-Nação (Rigaux, 1987: 262)[75]. No entanto, apesar de esse argumento ser insuficiente, como vimos, e decorrer da redução do direito ao estado, é hoje consensual para esses autores a existência dum conjunto de normas transnacionais decorrentes e reguladoras do comércio internacional.

O surgimento deste espaço-tempo jurídico transnacional das relações económicas internacionais (*lex mercatoria* e arbitragem transnacional) cria relações de exclusividade e exclusão, dominação e subordinação, colisão e reconstrução, de sobreposição, cooperação e supletividade com o espaço jurídico do Estado-Nação (direito estadual, interestadual ou internacional, tribunais e arbitragem de direito estadual ou internacional)[76]. As convenções de uniformização dos direitos estaduais são um bom exemplo desta pluralidade de relações. Por um lado, no seu processo de constituição, reconstroem no espaço jurídico do Estado-Nação os usos e costumes da *lex mercatoria*, fixando-os. Mas, de seguida, excluem-nos do direito desse espaço jurídico, recusando a sua aplicação. Por outro lado, passam a coexistir os usos e costumes iniciais da *lex mercatoria* com a lei estadual de aplicação da convenção da sua uniformização. Regulam do mesmo modo a mesma questão, mas em diferentes espaços jurídicos, invocando, também, diferentes origens, naturezas e legitimidades. Por último, qualquer uma das ordens jurídicas, a estadual, se a lei o permitir, e a *mercatoria*, se as partes o convencionaram no contrato, recuperam normas jurídicas da outra, subordinando-as ao seu direito ou utilizando-as supletivamente, nomeadamente na resolução de litígios[77].

As referidas relações criam necessariamente competição, concorrência e

[75] Por esta razão Vicente (1990) e Kassis (1984), entre outros, não reconhecem a *lex mercatoria* como ordem jurídica transnacional autónoma do estado, porque não admitem a possibilidade de existir um contrato sem lei estadual.

[76] Doravante usaremos os conceitos interestadual e internacional como sinónimos.

[77] A título de exemplo referimos a possível relevância dada pelo direito estadual aos usos e costumes na falta ou em substituição de uma sua norma ou a reconstrução na *lex mercatoria* de uma regra material do direito estadual.

conflitos entre o direito estadual e/ou interestadual e o novo direito dos agentes económicos internacionais. "Os conflitos têm origens diversas. Eis algumas delas a título de exemplo: a determinação da responsabilidade dos novos contratos não respeita as leis nacionais; os contratos incluem cláusulas gerais sobre o direito aplicável, tais como os princípios gerais do direito ou os usos comerciais, com o único propósito de fugir à aplicação do direito nacional; recorre-se ao sistema de arbitragem com o mesmo propósito; os parceiros comerciais subscrevem acordos de cavalheiros que violam abertamente as leis nacionais, sobretudo as que regulam a concorrência; a legislação nacional promulgada para policiar os contratos de transferência de tecnologia tem uma eficácia quase nula; e, finalmente, as empresas multinacionais mais poderosas chegam mesmo a impor as suas leis aos Estados nacionais" (Santos, 1988: 159)[78].

4.2. O Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional

A CCI, pioneira na arbitragem comercial transnacional, dispõe de um Tribunal Arbitral fundado em 1923, que efectua arbitragens que são conduzidas em cerca de 50 países entre partes de mais de 100 países. A CCI desempenhou um papel preponderante na elaboração dos diplomas internacionais mais marcantes no campo da arbitragem, como por exemplo o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Genebra de 1927, sobre a execução de sentenças estrangeiras, a Convenção de Nova Iorque de 1958, a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 e o regime de Arbitragem da Convenção das Nações Unidas para o Comércio Internacional de 1976.

A Câmara de Comércio Internacional efectua arbitragens de acordo com o regulamento interno por si adoptado[79]. O procedimento inicia-se com a nomeação de árbitros e posterior audição das partes. De seguida é efectuado o pedido e apresentada a respectiva contestação. É marcada a audiência de julgamento seguindo-se a sentença arbitral. Caso a decisão do tribunal arbitral não seja acatada, e por força da adesão às

[78] Para uma análise da pluralidade de ordens jurídicas do comércio internacional e da relação entre *lex mercatoria*, contratos de estado e arbitragem comercial transnacional conferir Pedroso (2000).

[79] Em 1 de Janeiro de 1998 foi adoptado um novo regulamento sendo um dos seus objectivos principais acelerar certos procedimentos relacionados com a arbitragem. Conferir a este propósito Reiner (1998: 25) e Derains (1997:10).

convenções relativas ao reconhecimento e à execução de decisões arbitrais (Convenção de Genebra de 1927 e Convenção de Nova Iorque de 1958), é executável nos países aderentes. As causas submetidas a este organismo são, de um modo geral, de valor elevado, até porque as custas praticadas pelo centro são bastante dispendiosas.

A Câmara de Comércio Internacional desenvolveu outros mecanismos de resolução de litígios, designadamente a "tentativa de conciliação", que é opcional para as partes, e que pode facilitar a resolução amigável de litígios. Mais recentemente, tem alargado a sua actividade à prevenção de litígios, destacando-se para o efeito a elaboração de um regulamento para a peritagem técnica destinada às situações em que apenas está em causa um aspecto técnico da questão. Por último, em 1990, foi introduzido um procedimento de "arbitragem pré-arbitral" que proporciona às partes uma alternativa ao procedimento judicial de modo a obter, em caso de urgência, uma resolução interna em conexão com a questão internacional.

Uma outra vertente de actuação da C.C.I. é a arbitragem marítima. O facto do volume e da complexidade das disputas marítimas internacionais terem aumentado significativamente nos últimos anos levou a que em 1978, a C.C.I., em colaboração com o Comité Marítimo Internacional, criasse um regulamento, o regulamento C.C.I. – CMI da Arbitragem Marítima Internacional. O regulamento foi concebido como um instrumento a ser utilizado em disputas relacionadas com conflitos marítimos, como, por exemplo, os contratos de seguros marítimo, de fretamento e de construção e reparação naval.

Paradoxalmente, uma das dimensões significantes da actividade do tribunal arbitral da C.C.I. é a resolução de litígios entre empresas multinacionais e os estados, em regra, do sul, que com elas contratam. Assim, a arbitragem mais convencionada nesses contratos de Estado é a do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris (C.C.I.). Este sistema de arbitragem transnacional foi instituído autonomamente ao direito Estadual, pela C.C.I. e pela organização dos agentes económicos mundiais, e desenvolveu-se exponencialmente nas últimas décadas[80].

[80] Segundo Dezalay e Garth (1995: 28), um dos indicadores do crescimento da arbitragem transnacional é a lista da *Parker School of Foreign and Company Law* (1992) que duplicou de tamanho, onde se encontram identificados mais de 120 centros de arbitragem transnacional institucionalizada e mais de 1000 árbitros.

A partir dos anos setenta, segundo um seu responsável, entrevistado por Dezalay e Garth (1995: 44), o número de casos na C.C.I. cresceu dramaticamente, o que se deveu, em parte, ao crescimento dos conflitos Norte-Sul, que se tornaram nas suas arbitragens mais importantes, quer pelas questões controvertidas, quer pelos elevados montantes em litígio[81]. Eisemann (1975) e Leboulanger (1982) estimam que em alguns anos, dessa década, os litígios dos contratos de Estado totalizaram 30% dos processos da C.C.I., o que demonstra claramente tanto a importância desses contratos como da C.C.I. no desenvolvimento do espaço jurídico transnacional[82].

Esta abertura da C.C.I. aos conflitos Norte-Sul coincide um pouco paradoxalmente com um envolvimento acelerado dos Americanos na prática da arbitragem. Uma das razões prende-se com o facto das empresas, em regra transnacionais, que se encontravam envolvidas nesses litígios contratuais, serem de origem norteamericana. Acresce que as suas sociedades de advogados intervieram em sua representação perante a arbitragem transnacional sediada, em regra, em Paris ou na Suíça. Uma outra razão para o crescimento do envolvimento das multinacionais norteamericanas do direito (as *big law firms*) na arbitragem transnacional, para além da sua natural ligação ao capital das transnacionais, é que elas eram as únicas no mercado mundial, dominado pela língua inglesa, que se encontravam organizadas de uma forma empresarial, o que se adapta a este tipo de litígios e à advocacia em qualquer parte do mundo (Santos 1995: 293). Ao serviço das empresas transnacionais e, por vezes, até dos países do terceiro mundo, elas estavam equipadas para a massa de factos característica dessas mega-litigações com gigantescos valores em jogo. Como resultado, o Tribunal arbitral da C.C.I., em Paris, promove arbitragens em inglês, recebe novas partes, do sul, e novos práticos, do norte, expandindo consideravelmente o seu mercado de resolução

[81] Estas arbitragens são relativas aos contratos de concessão e exploração de recursos naturais, mas principalmente respeitantes a processos de transferência de tecnologia, de investimento e de grandes obras de construção civil nomeadamente nos países Árabes.

[82] Eisemann (1975: 283) refere que a C.C.I., nos anos de 1973 e 1974, em 430 processos, 31 eram de um Estado e 87 de empresas do estado, num total de 27,44%. Leboulanger ao analisar todos os processos de contratos de estado que entraram na C.C.I., depois de 1978 e até ao Verão de 1986, contabilizou que eles eram cerca de 30% (129 dos estados de leste, 39 dos países Árabes, 4 da Europa, 1 dos Estados Unidos, 17 da Ásia, 15 de África e 1 da américa Latina). Audit (1987), para os anos de 1983 a 1985, estima que os contratos de Estado (incluindo outros entes públicos) são cerca de um sexto do total.

de litígios (Dezalay e Garth, 1995: 44)[83].

4.3. A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1976, e na sequência da aprovação em 1974 da *Nova Ordem Económica Internacional* e da *Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados*, aprovou o *Regulamento da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (C.N.U.D.C.I.)* cuja redacção resulta de um compromisso entre os estados do norte e do sul em matéria de arbitragem. É unicamente um modelo de referência, cuja aplicação depende da vontade das partes e que pode ser utilizado para os litígios económicos internacionais de todas as naturezas, nomeadamente aqueles em que participam Estados ou entes públicos.

Este regulamento pode ser usado quer em tribunais arbitrais *ad hoc*, quer em centros de arbitragem institucionalizados, desde que as partes o convencionem. Os países em vias de desenvolvimento acolhem-no favoravelmente, razão pela qual no fim da década de setenta a Câmara Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional o adoptou, com o reconhecimento de diversos países da América Latina anteriormente críticos da arbitragem (Pedroso e Cruz, 2000: 39-50).

4.4. A arbitragem comercial em Portugal

Em relação à área de resolução de litígios comerciais é de realçar o paradoxo da ausência de um número significativo de estruturas arbitrais no nosso país, quando a arbitragem comercial pode ser considerada um dos paradigmas da arbitragem voluntária de litígios. Esta situação é, no entanto, explicada pelo facto da arbitragem comercial ter privilegiado outras vias, desenvolvendo-se, a nível internacional, fora do quadro do Estado (por exemplo no seio do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio de Paris) ou

[83] O Secretário-Geral da CCI, em Portugal, afirmou, em entrevista, que o comité nacional da CCI nomeia um seu representante para o tribunal arbitral da CCI. Não tem memória de nos últimos anos haver casos relativos a uma empresa portuguesa ou ao Estado português no tribunal arbitral da CCI, excepto, em 1996, o caso entre o Estado Português e a Renault, que terminou por transacção.

num quadro estadual ou interestadual mas num âmbito *ad hoc*, não institucional. Neste ponto, vamos assim analisar dois casos de arbitragem comercial em Portugal, designadamente o Centro de Arbitragem Comercial e o Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada do Instituto de Valores Mobiliários.

4.4.1. O Centro de Arbitragem Comercial

O Centro de Arbitragem Comercial encontra-se a funcionar desde Novembro de 1994. A Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e a Associação Comercial do Porto – Câmara de Comércio e Indústria do Porto foram as entidades que fundaram este centro, dentro da sua estratégia de "promoção da resolução, por via arbitral ou por meios alternativos não contenciosos, de litígios em matéria comercial"[84].

O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial não apresenta novidades de relevo. Inspira-se no Regulamento de Conciliação Facultativa do Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI e no Regulamento de Mediação Comercial da American Arbitration Association.

O Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial não distingue mediação de conciliação e designa o terceiro intermediário do processo como conciliador, indistintamente. Este conciliador detém, em regra, mais poderes que o mediador – mas os poderes de cada conciliador dependem sobretudo da disposição das partes no processo negocial – em alguns casos as partes não precisam de mais do que um mediador e noutros, requerem uma verdadeira intervenção conciliatória do terceiro.

O regulamento optou por cometer a conciliação a um único conciliador, por não ser vantajoso o pluralismo, de acordo com o entendimento dominante. O conciliador é designado pelo Centro de Arbitragem Comercial, entre os árbitros da sua lista. Em princípio o conciliador não se converte em árbitro, isto para obviar a que, se as tentativas de conciliação se frustrarem, as partes não corram o risco de ter como árbitro

alguém que já conhece mais do litígio em questão do que é desejável que um julgador saiba.

A tentativa de conciliação torna-se impossível quando uma das partes comunica ao conciliador, por escrito, a sua decisão de não continuar. A inutilidade da tentativa de conciliação pode resultar de juízo do próprio conciliador que então põe termo à tentativa, por declaração escrita. Este acto do conciliador é muito melindroso – aparentemente esse acto deveria ser fundamentado, porém, a confidencialidade do processo recomenda o procedimento inverso.

A mediação e conciliação levada a cabo pelo Centro de Arbitragem Comercial implica, além dos encargos das partes, custos administrativos, com a remuneração do serviço prestado pelo Centro e os honorários do conciliador.

No Centro de Arbitragem Comercial pode ser praticada a *med-arb*, a mediação e arbitragem assim designada nos EUA. Isso acontecerá nas situações em que apenas algumas das partes do litígio sejam submetidas a mediação, restando um ponto por resolver. Esse pormenor será então submetido a arbitragem. Não há vantagem alguma em o árbitro ser o conciliador que solucionou o litígio quase na íntegra, porém, em certos casos as partes podem pretender que seja o conciliador a arbitrar aquele litígio.

A possibilidade de existir *med-arb* apresenta vantagens, pois encaminha a resolução de certos diferendos e permite enquadrar no regulamento de conciliação e de mediação os casos limitados que caem no seu âmbito de aplicação, em vez de remeter as partes para uma arbitragem, ainda mais onerosa.

4.4.2. O Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada do Instituto de Valores Mobiliários

O Instituto dos Valores Mobiliários está a impulsionar a criação de um Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada com o fim de promover a resolução dos

[84] Estatutos do Centro de Arbitragem Comercial, aprovados em 1994. O Centro funciona na Rua Portas de Santo Antão, 89, em Lisboa.

litígios relacionados com valores mobiliários e áreas afins, quer de forma directa, quer indirecta.

O Centro de Arbitragem funciona nas instalações do Instituto de Valores Mobiliários, na Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade Clássica. Os Estatutos do Centro foram aprovados por despacho do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Justiça, em 1999. Foram também elaborados o Regulamento do Centro e o Regulamento de Custas.

A criação deste Centro de Arbitragem decorreu da necessidade de dar uma resposta adequada aos litígios que surgem no âmbito dos mercados financeiros, resposta essa que não era prestada atempadamente pela justiça tradicional. Por outro lado, a decisão de litígios deste tipo requer conhecimentos especializados que nem sempre são dominados pelos juízes. A especialização dos árbitros, a celeridade e confidencialidade do processo arbitral e o predomínio das partes na constituição do tribunal arbitral e na escolha das regras do processo, são pois razões na base da criação deste Centro de Arbitragem.

Na quantificação dos encargos com o processo arbitral foi tido em conta que os processos referentes a valores mobiliários podem atingir valores muito elevados. Como tal, foi fixado um valor para as custas em relação ao valor da causa inferior ao praticado nos demais processos arbitrais, podendo ainda o tribunal arbitral reduzir as custas para um montante que entenda ser adequado (Teixeira de Sousa, 2001).

5. As relações laborais: a resolução "alternativa" de litígios

É sobretudo na área laboral que verificamos que a instituição judiciária nunca deteve o monopólio da regulação de conflitos. Aí sempre subsistiram modos alternativos de regulação dos conflitos de trabalho, como os "organismos disciplinares" nas empresas e, sobretudo, a mediação e a arbitragem.

Num contexto de crise do sistema de relações laborais, o crescimento da mediação surge também como política de integração dos trabalhadores nas empresas (Bonafé-Schmitt, 1992: 20). Com efeito, o declínio do sindicalismo, a alteração de um

certo poder hierárquico, aliado a uma demanda de participação mais activa dos trabalhadores nas empresas, conduziu a uma modificação das políticas sociais baseadas numa descentralização de processos de negociação, no desenvolvimento da comunicação na criação de novas estruturas de mediação. Como refere Bonafé-Schmitt (1992: 191), "a negociação funda-se numa tradição ancestral, mas o que é novo é a tendência para descentralizar os processos de negociação até ao nível do estabelecimento ou mesmo do atelier, com a criação do *ombudsman* da empresa".

5.1. Os Estados Unidos da América: a arbitragem e a mediação nas relações de trabalho

Nos EUA é grande a utilização dos modos de resolução alternativa de litígios na área laboral. De facto, ao longo da história, tanto organizações sindicais como patronais sempre preservaram a sua autonomia de negociação através das convenções colectivas, fixando as regras das relações de trabalho e implementando modos não judiciais de resolução de litígios, como a conciliação (Bonafé-Schmitt, 1992: 21).

Apesar de nos EUA a arbitragem no domínio das relações laborais individuais ter raízes no século XVIII[85], e no campo dos conflitos colectivos o primeiro caso conhecido datar de 1871[86], é, sobretudo, a partir dos anos 30 que a arbitragem laboral é compreendida tal como a entendemos actualmente, ou seja, envolvendo uma diferença entre as partes originada pela interpretação, aplicação, administração ou violação de um acordo colectivo de trabalho. Para além disso, antes da II Guerra Mundial já a maioria das empresas dos diversos sectores adoptavam a arbitragem como principal mecanismo de resolução de conflitos; o seu conceito era claro e os seus procedimentos bem conhecidos.

[85] Nesta altura o Tribunal de Nova Inglaterra e de Nova Iorque recorriam a alguém, muitas vezes conhecedor deste ramo, para arbitrar disputas entre trabalhadores e empregadores (Nolan e Abrams, 1983: 379).

[86] Nolan e Abrams (1983: 379) referem, que nessa data, uma indústria mineira da Pensilvânia e o organismo sindical escolheram o juiz William Elwell para solucionarem disputas causadas pelo despedimento de trabalhadores pelo facto de estarem sindicalizados.

Em 1926 é criada a *American Arbitration Association* (AAA), por muitos considerada, ainda hoje, como a maior organização privada nos EUA a praticar a arbitragem. Apesar de inicialmente ter sido pensada e estar vocacionada para a arbitragem de disputas comerciais, a AAA foi recebendo cada vez mais processos que envolvem litígios laborais, tendo para o efeito criado em 1937 o *Voluntary Industrial Arbitration Tribunal*. Com o decorrer dos anos a AAA assumiu novas dimensões, e fornece já um vasto número de serviços de modo a solucionar vários tipos de litígios. Com efeito, a associação oferece serviços de mediação e arbitragem, mas também serviços menos formais como o *fact-fiding*, o *mini-trial* e o *partnering*, que tentam solucionar litígios que envolvam disputas não só laborais, mas também de consumo, cuidados médicos, serviços financeiros, comércio internacional, construção e actividade seguradora. A AAA dispõe actualmente de numerosas delegações em todos os estados americanos e celebrou até ao momento 53 acordos de cooperação com instituições arbitrais de 38 países. A AAA sendo uma organização sem fins lucrativos, presta um serviço público, forma e treina as pessoas envolvidas na resolução do litígio, que são nomeadas para o *National Roster of Arbitrators and Mediators* da AAA por líderes dos mais diversos sectores de actividade e organizações profissionais[87].

Para além da prática da arbitragem estar bastante divulgada, assistimos recentemente ao ressurgimento da mediação em matéria de resolução alternativa de litígios individuais de trabalho. Este recente interesse pela mediação ficou a dever-se a diversos factores. De acordo com Bonafé-Schmitt (1992: 33), em primeiro lugar, ao facto do sistema de arbitragem se ter burocratizado a tal ponto que a morosidade e tipos de procedimentos serem agora semelhantes aos utilizados nos tribunais judiciais. Em segundo lugar, a crise do sindicalismo levar a que uma percentagem pouco significativa dos trabalhadores estejam ao abrigo de convenções colectivas. Em terceiro lugar, muitos trabalhadores, por razões diversas, evitarem a filiação num sindicato e, ao invés, adoptarem sistemas internos de regulação dos conflitos.

No seguimento destas mudanças, foram introduzidas as *Grivance Mediations* em muitas empresas americanas como procedimento a utilizar antes de as partes prosseguirem para a fase da arbitragem. A *Grivance Mediation* é um programa

[87] Cfr. American Arbitration Association (www.adr.org).

voluntário e informal, uma vez que o mediador não efectua qualquer género de registo do processo de mediação, ficando unicamente registados os termos do acordo entre as partes. O procedimento é confidencial, continuando a arbitragem a permanecer como uma opção caso as partes não cheguem a acordo. A *Grivance Mediation* pode inclusivamente envolver uma resolução do litígio em menor espaço de tempo, e não envolver custas. Uma das primeiras experiências neste campo foi introduzida no sector dos betumes, tendo-se-lhe seguido outros sectores e, em geral, os seus resultados foram encorajadores[88].

A este respeito é também de salientar o papel do estado ao criar e promover o *Federal Mediation and Conciliation Service*. Este serviço foi criado pelo congresso americano, em 1947, e é um departamento governamental independente cuja missão é promover relações laborais estáveis, através de serviços que realizam a arbitragem.

Nos EUA foram também introduzidas formas de mediação[89]. No entanto, o seu desenvolvimento assumiu também outras formas, como a intervenção de terceiros neutros que não pertencem à hierarquia da empresa e que se identificam mais com um *ombudsman* do que com a actuação dos árbitros (Bonafé-Schmitt, 1992: 37). Para além de estudarem as reclamações, ajudam as partes a encontrar uma solução, uma vez que são um interlocutor privilegiado junto dos empregadores a quem transmitem recomendações no sentido de solucionarem os conflitos. Estas pessoas podem ter várias designações, nomeadamente, *director of work problem counselling* ou *resident manager*, e surgiram na área laboral nos anos 60, mas desenvolveram-se, sobretudo, nos anos 80, sob as mais diversas formas. São essencialmente uma entidade imparcial que fornece uma assistência e informação confidencial aos trabalhadores e à direcção na resolução dos problemas de trabalho. A sua função é de facilitador da comunicação entre as partes e, muitas vezes, explicar aos trabalhadores as políticas salariais e mudanças na empresa. Podem também receber por parte da empresa informações

[88] A este propósito consultar Bonafé-Schmitt (1992: 35-36), onde se refere que 89% das reclamações foram solucionadas antes de chegarem à arbitragem.

[89] Em 1978, o *The Labor-Management Cooperation Act* autorizou a criação de vários *committees* que promovam um trabalho conjunto entre trabalhadores e empregadores para uma melhoria das relações entre ambos, uma maior segurança no emprego e uma melhor organização do trabalho. Consequentemente em 1981, a *Federal Mediation and Conciliation Service* começou um programa de cooperação envolvendo os diversos protagonistas das relações laborais.

confidenciais de assédio sexual ou problemas relacionados com o consumo de droga, podendo aconselhar os empregadores da maneira como devem lidar com esses problemas. Assim, esta espécie de *ombudsman* tem um papel de regulação e ajuda à resolução de problemas, que pode aproximar-se do papel desempenhado pelos mediadores, mas com atribuições mais amplas (Bonafé-Schmitt, 1992: 39).

5.2. A resolução alternativa dos conflitos laborais em França: da arbitragem aos *Prud'hommes*

Para além da prática da arbitragem, não se tem assistido a uma construção de um conjunto de procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios laborais. Por exemplo, na área da mediação, todas as tentativas para introduzir esta técnica saíram frustradas (Bonafé-Schmitt, 1992: 27). No entanto, experiências a três níveis podem ser referenciadas como constituindo indícios de alguma preocupação que conduzam à existência de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Em primeiro lugar, destacamos a contribuição dos magistrados judiciais, que no entender de Bonafé-Schmitt (1992: 29) detêm o papel mais inovador em matéria de mediação judiciária, dado que não têm hesitado, em alguns grandes conflitos, em designar terceiros para encetar uma mediação entre as partes, apesar de no plano legal esta situação suscitar muitas dúvidas. Em segundo lugar, realçamos o papel desempenhado por determinados actores do mundo laboral, como os *delégués du personnel*, os *agents de maitrise*, os *Prud´hommes* e os *inspecteurs du travail*, que contribuíram para a existência de um florescimento de iniciativas de mediação, sobretudo nos conflitos colectivos.

Em França, apesar dos acordos de empresa não serem em tão grande número como nos EUA, foram instituídos representantes dos trabalhadores, nas empresas, que de acordo com os sindicatos têm o objectivo de concretizarem no próprio local de trabalho as reivindicações dos trabalhadores. No entanto, muitas vezes, desempenham na prática um papel de mediação, como no caso de conflito entre dois trabalhadores por causa da mudança de categoria profissional que nos é relatado por Bonafé-Schmitt (1992: 23).

Durante anos, os empregadores apresentaram os *agents de maitrise* como os interlocutores naturais para a resolução dos problemas dos trabalhadores. Desde sempre, esses agentes exerceram uma actividade de mediação, acentuando-se a sua importância nos últimos anos. O início de métodos participativos conduziu os agentes a colocarem-se como mediadores em certas situações, de que é exemplo a fixação de horários de trabalho.

O investimento na jurisdição dos *Prud´hommes* traduz bem a natureza do sistema francês de relações profissionais, caracterizada por uma importante intervenção do Estado. Os *Prud´hommes* são uma instituição bastante antiga, uma jurisdição especializada e paritária, que pratica a conciliação entre o empregado e o empregador no campo dos conflitos individuais de trabalho. Esta jurisdição funciona como primeira instância na resolução de conflitos, recorrendo-se subsidiariamente aos tribunais comuns. Estão sob a sua alçada as questões emergentes de contrato individual de trabalho, incluindo o serviço doméstico, a aprendizagem e certos casos de trabalho domiciliário. Excluem-se da sua área de competência os conflitos colectivos, as questões emergentes de acidente de trabalho ou doenças profissionais e as questões relativas à segurança social. O processo inicia-se com a apresentação de uma peça escrita e segue depois como processo oral até à decisão final. A constituição de advogado é facultativa, podendo o trabalhador fazer-se acompanhar de um delegado sindical. No primeiro julgamento intervêm apenas os *prud´hommes* em número par. Caso haja empate e não seja possível a tomada de decisão há lugar à marcação de um novo julgamento que é presidido pelo juiz do tribunal ordinário competente. Ao longo dos anos esta instituição tem-se revelado relativamente eficaz, ao qual não serão alheios o facto de ser uma jurisdição com bastante tradição na resolução de litígios laborais e o espírito deontológico dos conselheiros.

A mediação é também realizada pelos inspectores do trabalho. Embora não possam ser apelidados de verdadeiros mediadores, uma vez que a sua principal função é de fiscalização da aplicação de normas, na prática são muitas vezes chamados a desempenhar um papel de mediação, tanto em conflitos individuais como colectivos (Bonafé-Schmitt, 1992: 30). O exemplo mais corrente é o caso do despedimento em que

o empregador, desconhecendo os direitos dos trabalhadores não lhe atribui a indemnização devida[90].

Em terceiro lugar, e mais recentemente, têm surgido mediadores privados. É particularmente notório o aparecimento de mediadores de empresa, sobretudo nas de maiores dimensões, sendo a mediação levada a cabo por consultores de empresas[91].

5.3. A experiência na Grã-Bretanha

Os processos de conciliação e arbitragem nas relações colectivas laborais remontam aos primeiros anos do século ou mesmo a um período anterior. Em 1896, o Governo britânico criou o *Conciliation and Arbitration Service* (CAS) com o objectivo de solucionar conflitos que opunham trabalhadores e empregadores. Durante a II Guerra Mundial o seu crescimento foi significativo, não sendo certamente alheio a este facto o seu carácter gratuito. A partir do final dos anos 60 e princípio dos anos 70 tornou-se notória a dificuldade deste serviço em operar eficazmente, sendo particularmente criticado o facto do serviço ser fornecido por um departamento governamental (Mackie, 1991: 100). Em resposta, em 1975, foi criado por *The Employment Protection Act* um serviço administrativamente independente do Governo que se designou *Advisory Conciliation and Arbitration Service* (ACAS).

A ACAS tem sede em Londres e possui mais de 10 delegações em toda a Inglaterra. O serviço possui também delegações em Glasgow na Escócia e, em Cardiff, no País de Gales. O ACAS é um serviço voluntário, independente do Governo, mas financiado por ele, e cuja missão é fornecer um serviço imparcial que auxilie as partes a prevenir e a resolver as suas disputas, bem como ajudar a construir relações mais harmoniosas no trabalho. Assim, o ACAS compreende um serviço de informação a empregados e empregadores, de aconselhamento, de conciliação, de mediação e de

[90] Os resultados provisórios de um projecto de investigação, a decorrer no Centro de Estudos Sociais, sobre o acesso ao direito e à justiça em Portugal, que inclui um subprojecto sobre a informação jurídica prestada pela administração pública, permite concluir que os inspectores de trabalho, em Portugal, com as informações jurídicas, presença e declarações que emitem, resolvem muitos litígios laborais, nomeadamente em situações de despedimentos ilegais ou dívidas de salários aos trabalhadores.

arbitragem. O pessoal é constituído por funcionários estatais e as suas funções são diversificadas, compreendendo a execução de inquéritos, o aconselhamento e o desenvolvimento de políticas e códigos de conduta. Podem igualmente responder a pedidos de auxílio para a resolução de conflitos, efectuar arbitragens e a mediação de litígios.

O ACAS actua em duas áreas distintas: os conflitos colectivos e os conflitos individuais de trabalho[92]. Em matéria de conciliação colectiva, a actuação dos serviços dura há mais de um século. A lei actualmente em vigor, de 1975, prevê a sua intervenção nas disputas que existam, ou venham a existir, através da conciliação, ou de outro mecanismo, de modo a alcançar um acordo. Na prática, a conciliação é concebida como ajuda à negociação colectiva, caracterizada pelo facto de ser voluntária e o acordo alcançado ser da responsabilidade das partes. Os pedidos de conciliação podem ser efectuados tanto por associações sindicais como por um conjunto de trabalhadores, ou por ambos. De acordo com um estudo elaborado por Mackie (1991: 100 e ss.), o objecto da conciliação recai sobretudo em retribuições e condições de trabalho e, apesar do número de conciliações colectivas ter diminuído, a partir de 1976, mesmo assim desde a criação do ACAS o seu número continua bastante elevado.

Os conciliadores têm igualmente uma actuação paralela, pois mantêm contactos informais com as partes, mas sem se envolverem na conciliação. Para os conflitos colectivos[93] são normalmente seleccionados funcionários do ACAS que depois recebem formação. As partes esperam do conciliador um papel activo, advogado do diabo ou conselheiro, que sejam pacientes, de raciocínio rápido, entendam as regras da negociação colectiva e possuam boa expressão oral.

As reuniões entre as partes podem ser de três tipos: em conjunto, em separado, ou envolvendo só os representantes das partes. De acordo com Mackie (1991: 103), o

---

[91] António Casimiro Ferreira (1998) analisa, com detalhe, o sistema de resolução de litígios, colectivos e individuais, em Portugal.

[92] As leis que possibilitaram esta intervenção dataram de 1896 e 1919, no primeiro caso, e de 1971, no segundo caso.

[93] No que respeita à conciliação individual, uma primeira chamada de atenção para a sua prática entre empregados e empregadores surgiu com a publicação do Relatório Donovan, em 1968, em que se propunha que o presidente do tribunal pudesse efectuar encontros informais entre as partes com a

sucesso da actividade do ACAS pode ser analisado segundo dois critérios. De um ponto de vista quantitativo, em que a percentagem de sucesso se situa acima dos 80%, ou qualitativo em que se considera como indicador a atitude perante a hipótese de se utilizar novamente a conciliação. Neste último caso, os resultados do estudo realizado indicam valores bastante elevados, 91% de respostas positivas dadas por associações patronais e 95% por associações sindicais. Assim, estes conciliadores do trabalho obtiveram um relativo sucesso, conseguindo um acordo entre as partes na grande maioria dos casos que lhe foram apresentados. As razões do seu sucesso prendem-se fundamentalmente com o facto de serem uma terceira parte imparcial, com a confidencialidade do processo, com a gratuitidade e por não incutir nas partes um sentimento de vencedor/vencido (Mackie, 1991: 117). Deste modo, a mediação praticada pode ser definida como um método de ultrapassar divergências, sendo mais apropriado do que a arbitragem[94] em matérias que necessitem de um maior nível de intervenção, matérias mais complexas e interdependentes. Recentemente, é também utilizado um misto dos dois mecanismos em conflitos complexos, em que as partes requerem a arbitragem, mas ao mesmo tempo pretendem resolver alguns problemas entre si (Pedroso e Cruz, 2000: 64-72).

5.4. A arbitragem de litígios laborais em Portugal

O Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho, criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 24/84/A de 19 de Maio foi autorizado, pelo despacho ministerial de 3 de Fevereiro de 1989, a criar um Centro de Arbitragem no âmbito dos litígios laborais e com cobertura em todo o território da Região Autónoma dos Açores e

finalidade de solucionar litígios de forma amigável. A recomendação não foi seguida, tendo sido, por outro lado, nomeados conciliadores independentes aos tribunais (Mackie, 1991: 117).

[94] A arbitragem, de acordo com a lei inglesa (1975), surge como último recurso, só utilizável depois da conciliação falhar. A diferença entre arbitragem e conciliação prende-se com o facto de nesta o conciliador não impor um acordo às partes, mas actuar como catalizador na tentativa de alcançar o acordo. Os árbitros não são membros dos ACAS, sendo só por eles seleccionados. O processo de arbitragem começa pelo pedido às partes para apresentarem declarações sobre a questão. Segue-se a audição das partes, no final da qual o árbitro elabora um relatório do qual faz parte a decisão. A decisão resulta de um compromisso entre as partes. O ACAS pode também participar em arbitragens no sector público e efectuar inquéritos, que podem tomar a forma de comités *ad hoc*. O procedimento é concluído com a elaboração de um relatório.

com sede em Ponta Delgada. O Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho está integrado na Secretaria Regional do Trabalho, mas possui independência e autonomia financeira (art. 1º do Decreto Legislativo Regional n.º 24/84/A). O Serviço é um organismo de composição tripartida (governo e representantes das entidades patronais e dos trabalhadores) a quem cabe proceder à conciliação nos conflitos de contrato individual de trabalho que de forma voluntária lhe são submetidos e realizar nos termos da lei arbitragens voluntárias institucionalizadas. O Serviço é constituído por 3 Comissões de Conciliação e Arbitragem (CCA), com sede em Angra do Heroísmo, Horta e Ponta Delgada. Contudo, as CCA podem actuar fora da sede por razões se comodidade, ou mesmo serem constituídas comissões noutras ilhas. As CCA são constituídas por um presidente e vogais. Os presidentes são nomeados pelo Secretário Regional do Trabalho e não é necessário possuírem vínculo à função pública, sendo, no entanto, determinante que possuam habilitações adequadas e experiência profissional no domínio das questões de trabalho. Os vogais efectivos e suplentes são indicados aos serviços regionais da Direcção-Geral do Trabalho pelas associações patronais e sindicais que tenha associados na área da actuação da respectiva CCA.

Quadro 1

Actividade do Serviço

	1989	1990	1991	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Conciliações solicitadas	195	247	305	630	715	757	821	622	596
Conciliações realizadas	143	178	204	440	478	534	520	402	367
Acordos alcançados	116	136	162	305	317	370	356	240	210

Fonte: *Direcção de Serviços do Trabalho do Governo Regional dos Açores*

De 1989 a 1998 foram solicitadas 4888 conciliações, tendo 1996 sido o ano de maior procura do serviço (821 requerimentos). Na maioria dos casos em que as conciliações foram realizadas as partes chegaram a um acordo[95].

[95] Segundo as Estatísticas da Justiça de 1999, o Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho dos Açores registou 617 processos entrados e 629 findos, mantendo uma pendência de 38 processos. Ainda durante o ano de 1999 foram prestadas 153 informações.

Tomando como referência as tentativas de conciliação requeridas em 1998, verificamos que a maioria foi requerida pelo sector da construção civil (119), seguida pelo sector do comércio, escritório e serviços (102) e hotelaria e similares (90).

Na sua quase totalidade as conciliações solicitadas foram deferidas. Das conciliações realizadas, a maior parte foram bem sucedidas (210 contra 157). A conciliação implicou o pagamento de créditos emergentes de relações de trabalho num valor global de 34.176.933.$00. Neste âmbito destacam-se os montantes acordados no sector do comércio, escritório e serviços e na agricultura e pecuária.

Quadro 2

Actividade do Serviço por Sector de Actividade (1998)

Sector de Actividade	Tentativas de conciliação			Não realizadas	Realizadas		Desistências	Pendentes	Montantes acordados
	Req.	Indeferidas	Deferidas		Obtidas	Frustradas			
Agricultura e Pecuária	61		61	17	26	13	6	4	7.253.829$
Construção Civil	119		119	41	48	28	8	8	4.665.907$
Comércio/Escrit./Serv.	102	1	101	27	40	26	14	6	11.463.034$
Hotelaria/similares	90		90	36	28	15	10	6	3.233.595$
Limpesa/vigilância	40		40	12	15	9	4	2	1.338.557$
Serviço doméstico	65		65	10	26	17	15	2	2.323.495$
Outros	119		118	33	27	49	11	10	3.898.516$
	596		594	176	210	157	68	38	34.176.933$

Fonte: *Direcção de Serviços do Trabalho do Governo Regional dos Açores*

Assim, se estabelecermos uma comparação entre o volume de processos de contrato individual de trabalho findos, em 1997 e 1998, na Região Autónoma dos Açores, e submetidos ao tribunal de trabalho, e o número de processos findos submetidos ao Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho verificamos que é muito superior o número de processos tratados por esta estrutura arbitral.

Quadro 3

A arbitragem institucional laboral e acções de contrato individual de trabalho na Região Autónoma dos Açores (1997-1998)

Serv. Regional Conc. e Arbitragem do Trabalho		Tribunal de Trabalho	
1997	**1998**	**1997**	**1998**
628	614	146	140

Fonte: *Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça*

6. A resolução alternativa de litígios no caso dos cidadãos endividados

É hoje banal, nas sociedades desenvolvidas, falar em endividamento e mesmo em sobreendividamento. Por endividamento entende-se "o saldo devedor de um agregado familiar" (Marques *et al.*, 2000: 1). No caso de tal endividamento resultar de mais do que uma dívida em simultâneo, fala-se então em multiendividamento. Já o sobreendividamento, sinónimo de falência ou de insolvência dos consumidores, engloba as "situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis. O *sobreendividamento* pode ser *activo*, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planeando os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de créditos em relação aos rendimentos efectivos esperados; ou *passivo*, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente, etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento" (Marques *et al*, 2000: 2). A dimensão do sobreendividamento está dependente de variáveis como a extensão e o tipo de endividamento, a variação das taxas de juro, o grau de esforço das famílias, o mercado de trabalho, a estabilidade familiar, a saúde, a doença, a vida, a morte e também a educação financeira dos afectados. Os casos de sobreendividamento devem merecer a atenção dos poderes públicos e do mercado, pois mesmo que à escala macroeconómica sejam escassos, constituem sempre casos dramáticos.

O endividamento, só por si, não é preocupante se ocorrer num cenário de crescimento económico, de estabilidade no emprego, e se não atingir classes sociais com rendimentos perto do limiar de pobreza – trata-se antes de um mecanismo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o aumento do bem estar das famílias. Passará a constituir um problema se se traduzir em incumprimento e sobretudo se os rendimentos do devedor se situarem aquém dos seus compromissos financeiros, situação na qual se tratará já de sobreendividamento. Para apurar em qual destes quadros se situa um consumidor, há que analisar o seu grau de esforço, isto é, a relação entre o serviço da dívida (juros e amortização dos empréstimos) e o rendimento

disponível, num dado período. Importa ainda determinar o rácio de endividamento, ou seja, qual a importância do endividamento na economia.

O problema do incumprimento é antiquíssimo – a primeira garantia do crédito começou por ser a vida do devedor, mais tarde, seria a sua liberdade a desempenhar essa função. Numa outra fase, a garantia do credor passou a ser o património e os bens do devedor.

O sobreendividamento exige que seja abordado em três perspectivas: a observação, a prevenção e o tratamento. A observação visa o acompanhamento permanente do endividamento e do sobreendividamento. É um passo prévio a qualquer intervenção. A prevenção constitui uma tarefa complexa, mas deve merecer uma especial atenção, para que o sistema judicial não seja inundado com casos decorrentes de (sobre)endividamento e para que não ocorra uma alteração preocupante da situação económico-financeira. O tratamento de situações de sobreendividamento pode fazer-se através de meios judiciais, abordados em processos especiais por tribunais, ou extrajudiciais, sendo estes resolvidos através da mediação voluntária ou de acordos estabelecidos sob a tutela de autoridades administrativas. São variados os efeitos benéficos decorrentes da resolução dos problemas de insolvência – desde o equilíbrio económico, social e psicológico dos devedores, às evidentes vantagens para os credores, até à poupança que representa para a despesa pública.

Porém, os modos de tratamento do sobreendividamento podem também implicar efeitos negativos, como seja a negligência na contratação do crédito pelo mutuário, o incentivo ao incumprimento, a permeabilidade ao devedor fraudulento, o acréscimo da despesa pública decorrente das instituições envolvidas, assim como a sobrecarga do sistema judicial com os eventuais processos e a ineficácia dos sistemas de recuperação.

Existem dois paradigmas de tratamento de situações de endividamento, apesar de não haver hoje sistemas puros: o sistema da "*Fresh Start Policy*"[96], oriundo dos EUA

[96] O modelo do "Fresh Start Policy" tem subjacente a ideia que o sobreendividamento consiste num risco inerente ao desenvolvimento do mercado financeiro, propondo como tal a "socialização" do risco de desenvolvimento do crédito e, em consequência, uma responsabilidade limitada para o consumidor. Assim, são liquidados os bens do devedor, pagas as dívidas possíveis e perdoadas as demais. Deste modo, o devedor pode recomeçar a sua vida sem que os seus rendimentos estejam afectos a qualquer dívida.

e também adoptado pela Inglaterra, que concede uma nova oportunidade, e o sistema da "reeducação", identificado com a Europa.

A introdução na Europa da ideia norteamericana da "open credit society", a partir dos anos 60, fez-se acompanhar dos problemas de endividamento dos particulares. Entre nós, apenas na década de 90 se expandiu o crédito ao consumo, o que implicou o endividamento de inúmeras famílias, sobretudo na sequência de concessão de crédito para compra de habitação. Porém, o nível de endividamento que se regista em Portugal, e nos países do sul da Europa em geral, fica bastante atrás do observado em países como os EUA e o Japão.

O crédito ao consumo é uma actividade legítima e comum em economias de mercado, estando associado ao desenvolvimento económico. Tal crédito financia muitas vezes um acto de investimento (antecipa o acesso à habitação própria, constitui um incentivo à poupança, ainda que deferida no tempo) e permite o acesso de grande número de famílias a bens que de outra forma seriam para elas inacessíveis. O crédito não provoca um aumento do rendimento, contudo, pode criar a ilusão de existência de rendimento sem limite, isto em virtude de a informação que é prestada aos consumidores nem sempre ser transparente e isenta de obscuridade. Há que referir que o crédito constitui uma actividade económica e que como tal tem inerente algum risco. Por isso, mesmo existindo medidas de prevenção e cuidados na sua concessão, pode ocorrer algum incumprimento, até pelo surgimento de situações imprevistas na vida dos devedores que culminem na sua insolvência. É desejável, para a sociedade em geral, que seja dispensada maior atenção à prevenção e ao tratamento de casos de sobreendividamento. Ao Estado cabe a tarefa de implementar mediadas adequadas nesse sentido, em articulação com as de outros países da União Europeia.

O endividamento apenas assumiu contornos preocupantes após a massificação do crédito. A globalização e a liberalização dos serviços financeiros provocaram um acelerado crescimento do paradigma oriundo dos EUA, isto quanto ao comportamento dos consumidores e dos serviços financeiros, situação para a qual concorreu também o aumento do desemprego, a precarização do emprego e a retracção do Estado Providência.

Para fazer face a este aumento de casos de sobreendividamento, os países do norte da Europa introduziram medidas destinadas ao seu tratamento, baseando-se na ideia de que o consumidor falhou e que necessita de ser reeducado. Esta ideia, típica do Estado Providência, tem na sua génese o princípio de que não é justo que a sociedade incentive o recurso ao crédito e que se desresponsabilize das consequências – isto é, o devedor é considerado uma vítima do sistema, razão pela qual deve ser ajudado. Na prática, tal ideia implica que o sobreendividado tenha que pagar a totalidade ou parte da dívida com o seu património e rendimentos futuros, cumprindo um plano de pagamentos acordado com o(s) credor(es), plano que é celebrado sob a égide de uma entidade administrativa ou judicial. Prevê-se geralmente uma tentativa de conciliação amigável, o que é indispensável para aceder à via judicial, uma vez que apenas é admitido o recurso a tribunal nos casos em que o acordo voluntário não é alcançado. Países como a França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Áustria, Finlândia, Suécia e Noruega põem em prática estas ideias de reeducação.

Para os endividados que auferem rendimentos muito baixos, que não dispõem de qualquer património e apresentam dificuldades de inserção no mundo laboral, alguns países prevêem medidas como a moratória, a liquidação e o perdão total ou parcial da dívida.

A ideia fundamental é considerar que o sobreendividamento deve ser abordado, não como uma questão judicial, mas antes como um verdadeiro problema social, razão pela qual se deverá optar por soluções extrajudiciais, como seja mediação independente, em detrimento de respostas judiciais (Hulls, 1994). A mediação constitui "uma actividade de intermediação entre os credores e o devedor para a renegociação dos contratos, é uma solução informal, mais flexível e vocacionada para se organizar de forma interdisciplinar. A intervenção dos tribunais deve funcionar como um recurso" (Marques *et al*, 2000: 213). Nesse sentido, a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO) criou recentemente Gabinetes de Apoio e Acompanhamento ao Endividado e Sobreendividado, como forma de auxiliar os consumidores que pretendam recorrer ao crédito ou que já se encontrem numa situação de sobreendividamento. Esses gabinetes funcionam desde 2000 em Lisboa, no Porto, Coimbra, Leiria, Santarém,

Évora, Viana do Castelo e Faro[97]. Visam negociar os créditos e encontrar modos de gerir os gastos diários dos consumidores. A DECO intervém ainda numa outra vertente, a da prestação de informação junto das entidades credoras.

A Segurança Social, através dos Serviços de Acção Social, presta apoio económico aos sobreendividados – os designados "subsídios extraordinários a pessoas e famílias em situação de carência social", que variam consoante a situação sócio-económica dos agregados familiares.

Urge encontrar uma solução equilibrada entre os interesses do devedor, dos credores e da própria sociedade, de forma a que todos tirem partido das vantagens do tratamento do sobreendividamento.

É nos EUA, país em que se encara o sobreendividamento como um risco inerente à expansão do mercado, que é favorável à socialização do risco de desenvolvimento do crédito, que atribui ao consumidor uma responsabilidade limitada, que o sobreendividamento alcança proporções mais preocupantes. Este sistema, denominado "*Fresh Start Policy*", concede uma nova oportunidade.

Porém, também na Europa, com a alteração dos hábitos de consumo e das formas de pagamento, se assiste a um aumento do número de famílias sobreendividadas. Para tentar colmatar tal situação, alguns países europeus estão a implementar medidas com vista a pôr cobro a situações de sobreendividamento, medidas na base das quais está a ideia de que o consumidor falhou e que, como tal, necessita de ser reeducado. Mas há que ter presente que a culpa não é apenas do cidadão, é também da própria sociedade, por incentivar certo tipo de comportamentos. Este é o modelo europeu da "reeducação" do consumidor.

O primeiro país europeu a criar legislação para fazer face ao sobreendividamento foi, em 1984, a Dinamarca. Seguiu-se a França, em 1989. De modo breve, pode dizer-se que tais leis, assim como a de países como o Canadá (Québec), Alemanha, Holanda, Luxemburgo, Bélgica, Áustria, Finlândia, Suécia e Dinamarca, concedem aos consumidores sobreendividados a possibilidade de obterem o reescalonamento de parte

[97] Cfr. Dinheiro & Direitos (2001: 7).

ou da totalidade das suas dívidas. Nos EUA e na Inglaterra, a falência dos particulares é articulada com processos de reestruturação do passivo do devedor sobreendividado.

Em Portugal, a expansão da concessão de crédito às pessoas singulares deu-se a partir da década de 90, num contexto económico e social favorável. Tornaram-se devedores, em consequência, diferentes classes sociais. Podem ser traçados modelos de endividamento ou grupos de devedores de maior risco através da combinação entre os tipos de crédito e o perfil dos devedores.

O endividamento considerado como de menor risco é o decorrente do endividamento imobiliário, ou seja, aquele "em que as famílias têm apenas um crédito para habitação perfeitamente enquadrado nos seus níveis de rendimento" (Marques *et al*, 2000: 154). Em regra, este modelo de endividamento não implica qualquer problema, é planeado com antecedência, fundado numa poupança anterior, própria ou de familiares.

Observam-se, depois, os casos de multiendividamento, nos quais surgem devedores com mais do que um crédito, que acumulam crédito à habitação com créditos ao consumo, e registam um grau de esforço mais elevado. O risco é nestes casos acrescido, pois o endividamento torna-se um modo de vida, um expediente de fim de mês para famílias em geral jovens que vivem acima dos seus rendimentos e recorrem com frequência ao crédito pessoal, ao cartão de crédito e a descoberto bancário.

Registam-se, ainda, outras situações, a dos endividados desfavorecidos. Estes "vivem no limiar da pobreza e sem grandes expectativas de poderem aumentar o rendimento, até porque muitas vezes o seu emprego é precário e a probabilidade de o perder elevada" (Marques *et al*, 2000: 155). Uma ligeira alteração no rendimento destes endividados pode pôr o grau de esforço para além do suportável. Tem sido discutido o acesso dos mais desfavorecidos ao crédito. A posição das organizações de defesa dos consumidores é no sentido de que as famílias com menos recursos devem ser incluídas no mercado financeiro, que não lhes deve ser vedado o acesso a instituições especializadas no crédito a consumidores desfavorecidos.

O Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, relativo à reestruturação financeira das empresas, estende à pessoa singular insolvente os meios de recuperação que criou para

as pessoas colectivas – permite-se a apresentação de uma proposta de renegociação do passivo a homologação do juiz, por iniciativa dos credores ou do devedor. Este regime apenas muito raramente é aplicado a pessoas singulares, visto ser desadequado.

Como medidas a tomar no sentido da prevenção de situações de sobreendividamento, as sociedades financeiras para aquisições a crédito, os bancos comerciais e suas associações, bem como o Banco de Portugal a as associações de consumidores, são da opinião que devem ser levadas a cabo acções de consciencialização da opinião pública acerca dos riscos que comporta o acesso ao crédito. Entendem que é urgente a educação dos consumidores quanto ao endividamento, que devem ser desenvolvidas acções pedagógicas e de aconselhamento jurídico e financeiro, fomentada a criação de uma poupança antes da vinculação a um crédito, disponibilizadas aos consumidores simulações dos encargos inerentes ao crédito, na eventualidade de as taxas de juro serem alteradas. Importante seria a criação de uma "sobretaxa de crédito ao consumo" que moderaria a procura de crédito ao consumo, sendo a receita de tal fundo gerida pelo Banco de Portugal. Essencial é a prestação de informação clara aos devedores sobre as condições dos empréstimos e as consequências do seu incumprimento, bem como desincentivar o recurso à prática dos cheques pré-datados – para estes fins será importante a acção das associações de defesa dos consumidores.

Quanto ao tratamento a dispensar aos casos de sobreendividamento, será de optar, preferencialmente à via judicial, pela negociação entre o devedor e os credores. Tal negociação poderá contemplar a renegociação de prazos de pagamento, o pagamento parcial das prestações e até uma fase de diferimento da amortização.

6.1. O projecto de Decreto-Lei sobre resolução extrajudicial do sobreendividamento de pessoas singulares

Entre nós, o início do processo legislativo do regime de protecção jurídica das pessoas singulares insolventes, ao contrário do que sucedeu em outros ordenamentos jurídicos, não partiu de uma crise social profunda decorrente do sobreendividamento dos particulares. Por essa razão, o projecto de lei foi recebido com surpresa, em 1999,

tendo havido reacções pouco favoráveis das instituições financeiras e de crédito. Mesmo a DECO e as associações de defesa dos consumidores, apesar de apoiarem a prevenção e resolução de situações de sobreendividamento, teceram algumas críticas ao projecto que veio a ser reformulado. Foi então, na legislatura seguinte, apresentado um novo projecto, designado "Regime Jurídico da Protecção das Pessoas Singulares Sobreendividadas".

Em Julho de 2001, o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJP) apresentou, após solicitação do Ministério da Justiça, uma "Proposta de um modelo de resolução extrajudicial do sobreendividamento de pessoas singulares". A proposta deste Observatório é no sentido da "criação de um sistema integrado que envolva, a título preventivo, a *informação* e o *aconselhamento*, e, a título curativo, a *mediação* e a *arbitragem* com adesão prévia pode propiciar um tipo de resposta relativamente adequado às características autocompositivas da sociedade portuguesa, mas não é isento dos riscos inerentes a um uso abusivo por parte de pessoas que a ele recorram de má fé ou com intenções meramente dilatórias" (Frade, 2001: 14). Para contornar estas intenções, a proposta refere ser necessário criar crivos no acesso ao sistema e um extremo cuidado na sua implementação e avaliação. Recomenda até que sejam criadas experiências-piloto.

A legitimidade de soluções extrajudiciais para os problemas do sobreendividamento funda-se no alívio que implicará para o sistema judicial, mas sobretudo no respeito pelos direitos de credores e devedores.

6.2. A proposta do OPJP: os centros de informação e mediação de dívidas

O sistema que se pretende implantar através da proposta visa a resolução dos problemas decorrentes da impossibilidade não transitória de pessoas singulares, de famílias[98], cumprirem os seus compromissos financeiros que tenham origem no crédito ou em outras fontes, cobrindo dívidas não profissionais.

[98] Os comerciantes em nome individual e os profissionais liberais não se podem socorrer deste diploma para solucionar os seus problemas financeiros decorrentes do exercício da sua actividade profissional ou comercial.

O desencadear deste sistema cabe ao devedor sujeito individual, apesar de também os credores poderem ter interesse no sistema da proposta, em lugar do recurso aos tribunais. Excluídos da resolução por via da mediação estão desde logo os sobreendividados activos dolosos, isto é, os casos em que houve intenção e actuação fraudulenta do devedor, com o fito de prejudicar os seus credores, vinculando-se a compromissos que não pretendia cumprir[99]. Os centros podem, sim, tratar o sobreendividamento passivo, ou seja, os casos decorrentes de "acidentes da vida" que implicaram o incumprimento dos compromissos financeiros. Podem também resolver as situações de sobreendividamento activo negligente, isto é, os casos em que o sobreendividamento decorre de uma gestão incorrecta do orçamento.

A proposta apresentada pelo OPJP não prevê apenas o tratamento das situações de sobreendividamento, engloba também a vertente preventiva, a montante do sobreendividamento. Para o efeito é essencial a criação de uma rede de centros de apoio às pessoas singulares sobreendividadas. Tais centros, em colaboração com a administração pública, com os agentes económicos e com os movimentos sociais locais, podem definir e pôr em prática programas de educação para o consumo e para o crédito, para a gestão orçamental pessoal e familiar, assim como para o funcionamento básico do mercado financeiro, de forma a que os consumidores se tornem mais conscientes dos riscos em que podem incorrer. Estes programas devem abranger faixas etárias variadas: de crianças a reformados, passando pelos beneficiários do rendimento mínimo garantido ou de qualquer outro apoio financeiro.

Interessante, apesar de ainda não constar da proposta, seria os centros poderem desempenhar funções educativas junto dos sobreendividados durante, e mesmo após, o período de cumprimento do plano de pagamento[100]. Estas funções não foram incluídas por se desconhecer o volume de casos de sobreendividamento existentes entre nós – se

[99] Quando o sistema já tiver sido testado e gozar da confiança dos agentes económicos, este limite deixa de ser necessário uma vez que o consentimento dos credores para se aprovar o plano de pagamento fará a própria triagem.

[100] Essa formação pós-sobreendividamento poderia ser ministrada por outras entidades distintas dos centros, designadamente por estabelecimentos escolares, autarquias, colectividades. Países como os EUA e a Finlândia dispensam atenção à "educação financeira para adultos", dirigida a consumidores que, por negligência ou imaturidade financeira, se viram enleados numa espiral de sobreendividamento. Esta política educativa, designada *financial empowerment*, traduz-se, na prática, pela realização de cursos, divulgação de publicações, de experiências, etc.

forem relativamente poucos os casos, o próprio mediador poderá desempenhar a função educativa ao longo do processo.

A criação de um sistema institucional para tratar a questão do sobreendividamento tem necessariamente que contar com um suporte institucional. Nesse sentido, o OPJP propõe a criação de "uma rede de serviços especializados no fornecimento de elementos informativos e na resolução através de mediação negociada das situações de insolvência das pessoas singulares, denominados *centros de informação e mediação de dívidas*" (Frade, 2001: 19). Haveria alternativas a este sistema, porém, a opção que se considerou preferível aproveita e requalifica estruturas que já existem, tanto de entidades públicas como privadas, que dispõem de experiência no âmbito do direito do consumo e da mediação – Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor e Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

Importante é que sejam criados serviços especializados na informação e mediação da insolvência, com meios humanos e técnicos próprios. Podem criar centros de mediação e de informação e mediação de dívidas, quer o Estado e outras pessoas colectivas públicas, quer pessoas colectivas privadas sem fins lucrativos. Neste último caso, cada centro suportará os custos de funcionamento e promoverá a adesão de instituições financeiras. O trabalho do OPJP avança algumas entidades que poderão estar interessadas na criação de centros de informação e mediação de dívidas: administração da segurança social, autarquias, através dos centros de informação autárquica, por exemplo, centros de arbitragem de conflitos de consumo, associações de defesa dos consumidores, IPSS, ordens profissionais, associações ligadas ao sector financeiro. Podem estabelecer-se parcerias entre algumas destas entidades.

O alcance geográfico dos centros deve ser estabelecido pelos próprios. Assim, numa mesma região poderão coexistir vários centros, quer públicos quer privados. Porém, em certas zonas poderá não se justificar, por questões económicas, a existência de mais de um centro, pelo que é fácil prever a imposição de condicionalismos territoriais futuros à sua fixação. É igualmente previsível que em outras áreas territoriais não haja entidades privadas interessadas em impulsionar centros. A solução será a criação de centros móveis ou ambulatórios de informação e mediação de dívidas, evitando deste modo qualquer discriminação geográfica. Serviços móveis, criados por

entidades públicas ou privadas, centrados numa dada cidade percorreriam uma região previamente estipulada, indo assim ao encontro dos devedores necessitados de ajuda. Estes centros móveis implicariam uma redução considerável dos custos de instalação e garantiriam uma grande cobertura territorial.

Caso seja conseguida uma cobertura equiparada à da primeira instância do sistema judicial, a mediação extrajudicial poderá funcionar como uma "etapa inicial obrigatória de um sistema de resolução mais vasto que enquadre os tribunais como instância de recurso reservada aos casos em que não é possível chegar a acordo através da mediação" (Frade, 2001: 22).

As funções dos centros prendem-se sobretudo com a prevenção de situações de insolvência das pessoas singulares, bem como com formas de resolução dessas situações, como seja a mediação e a arbitragem.

Na prevenção é essencial a função de informação e de aconselhamento. Informação acerca dos direitos e deveres dos consumidores, do consumo e da habitação e do crédito que lhes está associado, assim como informação sobre o risco e as consequências inerentes ao endividamento excessivo, aos meios de tratamento dos casos de sobreendividamento, sobre as s condições de acesso, seus custos e consequências. A informação prestada deverá ser diversificada, atender ao grau de instrução, ao sexo, ao nível etário e sócio-económico dos destinatários e ao suporte pedagógico em questão. A informação deve ser acessível, rigorosa e sempre actualizada. A forma de chegar aos interessados poderá processar-se no próprio centro, ser difundida *on line*, através de campanhas de publicidade, junto de escolas, etc.

Importante é também o aconselhamento a prestar a todas as pessoas singulares, quer na fase de pré-endividamento, quer após a contratação do crédito ou de outros serviços, isto para evitar uma situação de mora para o devedor e um eventual incumprimento definitivo.

Além de terem funções preventivas, os centros actuam também como entidades mediadoras nas situações de sobreendividamento de pessoas singulares, desempenhando esse papel com imparcialidade e independência, tentando a conciliação para estabelecer a comunicação do devedor com os seus credores, apresentar propostas de acordos de

dívidas, apoiar e estimular as negociações entre as partes, tentando que estas subscrevam acordos de pagamento.

A mediação, ou antes, a mediação-negociação, é o principal mecanismo para abordar as questões de sobreendividamento. Já a arbitragem é um mecanismo subsidiário de resolução ao qual se recorre quando os credores não aceitam um plano que lhes é proposto pelo mediador, estando, sim, dispostos a aceitar a imposição de um plano árbitro. A lei que regula a arbitragem voluntária deverá ser aplicada a título subsidiário, em tudo o que não se encontrar previsto pela proposta.

O mediador deverá acompanhar o cumprimento do plano, como forma de pressionar o devedor a observar os seus termos e detectar possíveis problemas que existem na sua execução, com o intuito de os corrigir

De acordo com a proposta, os devedores pessoas singulares residentes em Portugal poderão recorrer aos centros, por dívidas contraídas em Portugal[101]. Podem ainda recorrer os credores de um devedor pessoa singular, isto desde que o devedor aceite a mediação extrajudicial. A proposta apenas prevê a intervenção dos centros perante situações concretas de sobreendividamento. Porém, a iminência de uma situação destas, designadamente as primeiras dificuldades em cumprir compromissos financeiros, poderão justificar tal intervenção, numa perspectiva preventiva.

Todas as dívidas poderão ser negociadas no âmbito de mediação extrajudicial. Excluídas estão as dívidas profissionais, excepto se o seu valor for muito aquém do total do passivo do devedor, desde que nenhum credor se manifeste contra, assim como as dívidas decorrentes da aplicação de sanções de natureza criminal (aqui não se incluem as resultantes de contraordenações e de responsabilidade civil contratual ou extracontratual). Poderão ser alvo de negociação as dívidas fiscais e à segurança social. As dívidas que resultam de processos de contraordenação e as indemnizações civis poderão ser reescalonadas. Do exposto se depreende que as dívidas abrangidas não têm apenas origem em compromissos de crédito, como sejam contratos de crédito ao consumo ou à habitação, mas que podem ter outras origens, tais como a contratação de serviços básicos, a qualidade de sujeito tributário, entre outras. Só deverão ser

reescalonadas as dívidas para as quais exista documento válido que comprove a sua existência e valor, de modo a evitar acordos fraudulentos com o fim de prejudicar os credores.

Com vista à negociação de um plano de pagamento, o centro de mediação apresenta ao devedor um plano de orçamento que este deverá preencher e remeter ao centro, onde conste o apuramento do seu activo e passivo, a composição do agregado familiar, a identificação dos seus credores e as despesas mensais do seu agregado familiar. Mediante a apresentação deste orçamento e de documentos que corroborem os dados aí referidos, o mediador contactará os credores para que informem o centro acerca do valor da dívida e de todos os elementos com esta relacionados (duração do empréstimo, juros, vencimento das prestações, etc.).

Após a recolha de todos os elementos, o mediador elaborará uma proposta de plano de pagamento, na qual será referida a quantia mínima vital de sobrevivência do devedor e seu agregado. Tal proposta será negociada pelo mediador com os credores, tendo em vista a obtenção do acordo. No plano poderão ser estabelecidas medidas como a dilação dos prazos de pagamento, o perdão de juros e até do capital. No caso de existirem dívidas com garantia de terceiros, como por exemplo fiança, o mediador avisará esses terceiros da proposta de plano e poderá chamá-los à negociação.

A admissão, por mediação ou por arbitragem, de um processo por um centro de mediação deverá ser comunicada à Central de Riscos de Crédito do Banco de Portugal e aos tribunais nos quais corram acções judiciais contra o património do devedor intentadas pelos credores que participam no processo do centro. O recurso a um centro de mediação de dívidas tem o efeito de suspender ou de inibir qualquer acção judicial ou extrajudicial contra o património do devedor que possa de algum modo pôr em causa a execução de um plano de pagamentos até ao final da negociação. O mesmo efeito deve ser estendido a fiadores e demais pessoas que tenham prestado garantia.

O conteúdo das medidas do plano foi deixado à livre negociação das partes, de modo a ser alcançado com maior facilidade um bom acordo. Tarefa do mediador é facilitar os contactos entre as partes e garantir o respeito pelos direitos do consumidor

[101] Abranger dívidas transfronteiriças seria uma hipótese a considerar, porém seriam inúmeras as

sobreendividado, que é a parte mais fraca. O plano acordado no quadro de mediação extrajudicial é vinculativo para o devedor e para todos os credores que o tenham aceitado ou que, tendo sido contactados para participar, não tenham respondido. Esta última medida tem o intuito de alargar o número dos credores vinculados, levando-os a cooperar.

Um plano aprovado num centro de mediação deverá produzir os mesmos efeitos que um plano judicial de pagamento ou uma sentença judicial, designadamente em termos fiscais[102] - norma de equiparação. Cabe ao mediador estar atento ao cumprimento do plano. O seu incumprimento implicará, em regra, a caducidade, excepto se for apresentada pelo devedor uma justificação que leve os credores a aceitarem a sua manutenção ou reformulação. No caso de o incumprimento se dever a algum credor, este será penalizado com a extinção do seu crédito ou juros.

Um acordo subscrito no âmbito de mediação e não cumprido pelo devedor sem qualquer justificação, pode constituir título executivo, desde que contenha os termos do plano e as quantias iniciais em dívida e tenha sido celebrado por escrito e assinado por todas as partes. A decisão arbitral constitui, também nesta matéria do sobreendividamento, título executivo.

Cada centro deverá ser constituído por um corpo técnico de base do qual fará parte um jurista e um trabalhador da área social. Pretende-se que cada processo fique a cargo de um só mediador, podendo este ser o jurista ou quem presta assistência social, trabalhando ambos em cooperação[103]. Os centros deverão dispor de um serviço de atendimento permanente que se ocupará também do encaminhamento dos processos para os técnicos. Como complemento, os centros deverão poder dispor dos serviços de um técnico na área económico-financeira e em psicologia, dado ser de prever que alguns assuntos apresentarão grande complexidade do foro económico, além de não se ignorar que o sobreendividado está fragilizado psiquicamente, com pouca autoestima, sendo

dificuldades técnico-jurídicas e importa apurar a real necessidade de as incluir.

[102] Para se verificar este efeito fiscal terá de ser alterado o artigo n.º 37º do CIRC.

[103] Outra solução poderia consistir na adjudicação dos processos ao trabalhador social, que estabeleceria os contactos entre as partes, seria o interlocutor, colaborando o jurista nas questões técnico-jurídicas, podendo assim não fazer parte do quadro permanente do centro.

vantajoso o acompanhamento por um psicólogo, de modo a recuperar o equilíbrio emocional, necessário também para cumprir o acordado no plano de pagamento.

O mediador de dívidas intervém activamente nas negociações através da elaboração de um plano escalonado de pagamentos a propor aos credores – desempenha pois funções para além de clássico agente de mediação, o que leva autores como Pierre Dejemeppe (1995) a considerar não ser feliz designar a actividade em questão por mediação.

O mediador deve actuar com profissionalismo, idoneidade, imparcialidade e independência, estando sempre sujeito ao sigilo profissional. São diversas as suas funções: coordena todo o processo, estabelece os contactos entre as partes e promove as negociações entre estas, informa o Banco de Portugal acerca da abertura de processos para que constem da Central de Riscos de Crédito, requer a suspensão das acções judiciais e não judiciais em curso, acompanha o cumprimento do disposto no plano.

Os técnicos de mediação terão de frequentar acções de formação contínua e contar com um certo número de horas na área de mediação.

O árbitro será proposto por cada centro e nomeado pela Direcção-Geral da Administração Extrajudicial[104], processo a processo. Árbitro poderá ser um mediador do centro que não tenha tido qualquer intervenção no processo em discussão, ou outra pessoa, designadamente os especialistas em economia, finanças e psicologia que colaboram com o centro. O árbitro dispõe da faculdade de impor a sua decisão às partes. As suas funções e obrigações são idênticas às do mediador.

A Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, organismo do Ministério da Justiça, é a entidade responsável pela implementação do sistema de resolução extrajudicial do sobreendividamento das pessoas singulares. Cabe-lhe a acreditação dos centros de informação e mediação de dívidas, essencial para o exercício das suas funções pois assegura aos endividados que o seu problema financeiro é abordado por técnicos habilitados para o efeito, cabe-lhe ainda a fiscalização da sua actividade e a nomeação dos árbitros, assim como a definição dos planos de formação, quer de base

[104] No caso de a Direcção-Geral da Administração Extrajudicial não aceitar o árbitro proposto pelo centro, deverá requerer ao Conselho Superior da Magistratura a nomeação de um outro árbitro.

quer contínua, dos técnicos de mediação. A organização dos serviços dos centros de informação e mediação ficará a cargo destes, ou seja, cabe-lhes a responsabilidade pelo financiamento dos meios técnicos e humanos necessários.

O acesso dos devedores aos serviços de um centro, público ou privado, de mediação, deverá ser, num primeiro recurso, tendencialmente gratuito, podendo apenas estar sujeito ao pagamento de uma taxa moderadora. Já os acessos posteriores deverão ser pagos, atendendo ao custo do serviço prestado pelo centro, respeitando os valores fixados numa tabela aprovada anualmente pelo Ministério da Justiça, isto como forma de fomentar a responsabilização dos devedores pelo cumprimento dos planos subscritos e de os estimular a não reincidirem em situações de sobreendividamento.

Os custos do processo de mediação e do processo arbitral deverão ser suportados pelo Governo e pelas entidades que criam os centros, em partes iguais[105].

O trabalho do OPJP entende que seria vantajoso que o Ministério da Justiça, em colaboração com entidades públicas ou privadas que já disponham de alguma experiência no âmbito do tratamento do endividamento excessivo das pessoas singulares, começasse por criar duas ou três experiências-piloto de mediação nas grandes cidades, como forma de apurar a adesão dos devedores e credores, a preparação de mediadores e a sua capacidade de mediação, enfim, de testar a eficácia da medida.

7. O papel do Conselho da Europa: duas décadas de promoção dos ADR (RAL)

Entres as actividades cuja finalidade consiste em proporcionar aos cidadãos uma solução para os seus litígios, aquelas que implicam a intervenção amigável de um terceiro recebem hoje um particular acolhimento nas sociedades ocidentais. Este acolhimento é maior quando se trata de litígios cíveis, onde as partes dispõem elas próprias dos seus direitos.

[105] Poderá ser pensada a possibilidade de comparticipação financeira por parte dos grandes credores – instituições financeiras e empresas que prestam serviços públicos essenciais – visto haver nítidas vantagens para estes, caso recorram a processos mais simplificados e céleres como a mediação extrajudicial. Esta solução é posta em prática em alguns sistemas jurídicos comparados.

Os motivos da preferência pelas formas amigáveis de intervenção de terceiros nos litígios são diversos: economia dos fundos públicos consagrados à justiça, convicção de uma melhor eficácia destes procedimentos no sentido de aproximação das partes, adesão às teses de um pluralismo jurídico que opõe as resoluções negociadas e as resoluções impostas (Serverin, 2001). Independentemente dos motivos alegados, constata-se que os Estados multiplicam os sinais de interesse por estes tipos de acções.

Este interesse manifesta-se no plano comunitário, nomeadamente com a rede extrajudiciária europeia, e com os trabalhos em curso da Comissão Europeia sobre um livro verde em matéria de modos alternativos de resolução de litígios. No seio do Conselho da Europa estes esforços permitem considerar uma coordenação dos instrumentos jurídicos dos 41 Estados membros.

As actividades da resolução amigável foram objecto de várias acções promocionais pelo Conselho da Europa ao longo dos últimos vinte anos, através das actividades das suas diferentes componentes: Comité de Ministros, Comité Europeu de Cooperação Jurídica (CDCJ), Comité de Peritos e comités convencionais. Uma parte destas acções já deram lugar a recomendações; outras apresentam uma dimensão exploratória à qual está ligada o relatório elaborado por Evelyne Serverin para o Comité de Peritos para a Eficácia da Justiça (2001).

As diversas recomendações do Conselho da Europa tomadas ao longo dos últimos vinte anos em matéria de justiça possuem observações relativas à intervenção amigável nos litígios (Serverin, 2001).

1 - Acerca do acesso à justiça, a Recomendação n.º R(81)7 do Comité dos ministros fez figurar nos processos de simplificação deste acesso "as medidas facilitando ou incentivando nos casos apropriados a conciliação das partes e a resolução amigável dos litígios, antes de qualquer processo judicial ou no decurso de um processo".

2 - Na perspectiva de um alívio da carga dos tribunais, a Recomendação n.º R(86)12 do Comité de Ministros colocou no início das medidas preconizadas "a resolução amigável dos litígios, quer fora da ordem judiciária quer antes ou durante o processo judicial".

3 - Para as pessoas numa situação de grande pobreza, foi recomendado assegurar "o acesso efectivo às formas parajudiciárias de solução de conflitos (...), tais como a mediação e a conciliação (...), estendendo o benefício do apoio judiciário ou outra forma de assistência a estas formas de solução dos conflitos" Recomendação n.º R(93)1).

4 - Os poderes dos juizes em matéria de resolução amigável não foram esquecidos, uma vez que a Recomendação R(94)12 sobre a independência, a eficácia e o papel dos juizes fez parte da lista das "responsabilidades judiciárias" (princípio V-3 e) " o encorajamento das partes para obter uma resolução amigável". Este mesmo "encorajamento para a resolução amigável" foi dirigido pela recomendação n.º R(95)5, artigo 6g, ao juiz intervindo sobre recurso em matéria cível e comercial.

5 - Nos anos mais recentes, os processos amigáveis foram objecto de uma valorização em sectores particulares do direito: Recomendação n.º R(98)1 sobre a mediação familiar, seguida de uma Conferência europeia sobre o direito da família consagrada à "Mediação familiar na Europa", (Strasbourg, 1-2 Out. 1998); Recomendação n.º R(99)19 sobre a mediação em matéria penal. Do mesmo modo, o Grupo do projecto sobre o direito administrativo (CJ-DA) findou o exame de um projecto de Recomendação sobre as formas alternativas de resolução de litígios entre as autoridades administrativas e os particulares.

Ao longo das recomendações, a mediação e os outros procedimentos amigáveis abandonaram os bastidores da cena judiciária para se tornar numa figura emblemática da justiça moderna e eficaz. Destino curioso para uma forma de resolução de conflitos que era tradicionalmente considerado como um sinal de desconfiança junto da justiça profissional.

A actividade de peritagem intensifica-se à volta das resoluções denominadas "alternativas dos litígios". O seminário multilateral sobre as Formas Alternativas de Resolução de Litígios, decorrido em Strasbourg de 29/11 a 1/12/99 no quadro das actividades para o desenvolvimento e a consolidação da estabilidade democrática (ADACS), foi a ocasião de abordar uma série de questões relativas a estes procedimentos, nomeadamente as definições, a qualidade dos terceiros intervenientes, a

necessidade de uma regulamentação, a incidência das culturas jurídicas, e a eficácia das acções. Mas os relatórios entregues pelos diferentes intervenientes são difíceis de sintetizar, designadamente em razão da ausência de uma grelha de inquérito comum e ausência de sistematização na aproximação. Consoante os casos, o raciocínio foi feito por sector (família, consumo) ou por país (França, Reino Unido, Noruega, Países Nórdicos) mais numa perspectiva de informação do que de avaliação.

O comité de peritos, sob mandato do CDJC para criar um guia legislativo das medidas que visam aumentar a eficácia da justiça (CJ-EJ), colocou no seu programa um capítulo sobre "a resolução alternativa dos litígios" (Alternative Dispute Resolution). Com o projecto de mandato revisto deste comité, serão doravante três grupos que trabalharão em paralelo: o primeiro sobre o funcionamento do sistema judiciário, o segundo sobre os procedimentos alternativos de resolução de litígios e o terceiro sobre a consulta e assistência judiciária.

Assim, estes procedimentos tendem a ocupar um lugar central no dispositivo de melhoramento dos sistemas judiciários dos diferentes países. Contrariamente à actividade dos tribunais, cujo conhecimento é assegurado em todos os países por um sistema estatístico mais ou menos elaborado, as acções de resolução fora da instância não são nem observadas nem confrontadas com outras práticas. A necessidade de conhecimento no domínio dos procedimentos alternativos aumenta ao mesmo tempo que se intensifica a promoção que lhes é feita (Serverin, 2001).

Conclusões

No presente capítulo procedemos a uma análise comparada dos meios alternativos de resolução de litígios privados e laborais no âmbito dos conflitos familiares, de vizinhança e comunitários, de transacções comerciais, laborais e resultantes do sobreendividamento, que nos permite ensaiar algumas conclusões nestas áreas de litigação sobre processos de informalização da justiça, com origem nas organizações económicas e sociais e de desjudicialização promovido pelo Estado.

Em primeiro lugar, a única característica totalmente comum às várias formas de resolução de litígios recenseada é a sua "extrajudicialidade".

Em segundo lugar, a diversidade não reside só nas diferentes formas de composição de litígios – negociação assistida (conciliação e mediação), heterocomposição não judicial (arbitragem) – nem sequer na diversidade dos litígios, mas também na diversidade de espaços de intervenção (transnacional, nacional e local).

Em terceiro lugar, os promotores dos meios alternativos de resolução de litígios vão de entidades transnacionais (CCI) ao Estado (entidades administrativas e autarquias) e às organizações sociais da comunidade e do mercado.

Em quarto lugar, nalgumas áreas de litigação (trabalho, família, etc.) os procedimentos não judiciais interpenetram-se previamente ou dentro do processo com os procedimentos judiciais de resolução desse litígio.

Em quinto lugar, a negociação, a conciliação e a mediação têm claramente um espaço de retórica – decisão negociada – muito superior à arbitragem em que a solução seja imposta – a adjudicação.

Em sexto lugar, os ADR (RAL), em função da sua natureza, dos seus promotores e do seu financiamento são mais ou menos institucionalizados e, consequentemente, têm uma maior ou menor vocação de durabilidade.

Em sétimo lugar, estes meios alternativos de resolução de litígios ainda são emergentes, em Portugal, relativamente a alguns litígios e encontram-se em fase de experiência, sendo ainda de alcance limitado para a procura de resolução de litígios existente na sociedade portuguesa.

Por último, registe-se o papel de dinamizador e promotor que o Conselho da Europa tem tido na assunção e desenvolvimento, nos países-membros, das instâncias de resolução de litígios alternativas (substitutivas e complementares) aos tribunais.

CAPÍTULO 3

A REFORMA DA JUSTIÇA PENAL: À PROCURA DE NOVO(S) PARADIGMA(S)

Introdução

Neste capítulo começaremos por analisar as transformações do direito penal, na permanente tensão entre criminalização e descriminalização. Esta tensão leva-nos a desenvolver as várias vertentes de uma política desjudicializadora da justiça penal, ou seja, de uma política de diversão, designadamente considerando a diversão em sentido amplo, o princípio da oportunidade e do consenso, a mediação penal e as penas alternativas à prisão. Com base nesta reflexão, procuraremos dar conta da emergência de um novo paradigma da política penal, que alguns autores denominam de "*restorative justice*" e que nós traduzimos por justiça penal restaurativa. De seguida, daremos conta de alguns exemplos de experiência comparada que fomos recolhendo durante o processo de investigação. Por último, relataremos os primeiros passos da diversão ou desjudicialização da justiça penal em Portugal que, por ora, se resumem à tímida consagração excepcional do princípio da oportunidade e do consenso e às penas alternativas à prisão.

1. Os múltiplos caminhos da transformação da justiça penal

1.1. Entre a despenalização, a descriminalização e a neocriminalização

As questões de desjudicialização na justiça penal não se esgotam, mas sempre se confundiram com a despenalização e a descriminalização. No entanto, ao longo do tempo, tem havido permanentemente momentos criminalizadores e descriminalizadores.

A lei criminal é, assim, a instância primária de selecção e de controlo da delinquência, através dos movimentos da descriminalização[106] e da neocriminalização. A descriminalização é um dos temas centrais das ciências criminais (Dias e Andrade, 1992: 397). Ao longo da história das instituições penais e da evolução do direito criminal sucederam-se medidas de descriminalização e de neocriminalização, havendo uma "permanente tensão entre dois movimentos de sentido contrário: o abandono de áreas de criminalização e a conquista de novos espaços", nas palavras de Adolf Merkel, no longínquo ano de 1873 (Dias e Andrade, 1992: 398).

O actual movimento de descriminalização não se limita a um normal processo de transformação jurídico-cultural. A descriminalização decorre agora da própria lógica do sistema geral de redução da complexidade e da desjuridificação da moderna sociedade. A descriminalização em sentido estrito significa a desqualificação de dada conduta como crime, trata-se de uma redução formal da competência do sistema penal em relação a certas manifestações do comportamento humano. Inclui-se também no conceito de descriminalização a conversão legal de um ilícito criminal em outra forma de ilícito. A descriminalização não se inscreve necessariamente num movimento de pura abolição do sistema penal (Dias e Andrade, 1992: 399-400).

Pelo contrário, só a despenalização em sentido amplo significa a renúncia do Estado ao controlo de uma conduta que conduz ao alargamento das margens de tolerância social, em virtude de a conduta deixar de ser vista como negativa, ou por se entender que, apesar de socialmente indesejável, não deve reconhecer-se ao Estado legitimidade para a controlar. Tal forma de despenalização não depende de considerações de política criminal, mas antes dos limites constitucionais e ético-políticos da intervenção do Estado. Outra situação ocorre quando a despenalização ou a descriminalização se deve à procura de alternativas de controlo social mais eficazes e menos dispendiosas que as propostas pelo sistema penal, já não estando em causa qualquer mudança quanto ao juízo de indesejabilidade da conduta ou quanto à competência do Estado, mas tão-só uma reavaliação das possibilidades do sistema penal. Despenaliza-se ou descriminaliza-se com o fim de confiar o controlo a outros

[106] A descriminalização parte da ideia que num Estado de Direito material, de base social e democrática, "o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias

sistemas, jurídicos ou não, ou porque se visam privilegiar as alterações da estrutura social, do ambiente físico ou da vítima como referências etiológicas ou destinatários da política social.

A descriminalização deve ser distinguida de todas as figuras próximas, mas diversas. Desde logo, por um lado, a descriminalização de facto, ou seja, a não aplicação da lei incriminatória por a vítima renunciar ao procedimento criminal ou por efeito das cifras negras[107]. Por um lado, há que considerar a despenalização, *stricto sensu,* no sentido de substituição de penas. Distingue-se da descriminalização, pois é um modo de redução ou substituição das sanções criminais aplicadas a comportamentos que ainda constituem ilícitos criminais. "A despenalização neste sentido, contende hoje, sobretudo, com a substituição da pena de prisão por outras sanções criminais não detentivas e tem encontrado grande eco por parte de organizações internacionais como a ONU e o Conselho da Europa" (Dias e Andrade, 1992: 401-402).

A complexidade dos Estados contemporâneos conduziu a uma ordem jurídica também complexa, a uma inflação legislativa. Durante o Estado de Polícia iluminista surgiu uma ampla esfera da Administração e um minucioso ordenamento policial. Com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal, a Administração juridificou-se e submeteu-se a limitações de legalidade, privilegiando a protecção antecipada de perigos. Por acção das duas Grandes Guerras deu-se uma alteração, o legislador deixou-se seduzir pela ideia de pôr as sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social, dando assim lugar à hipercriminalização e, em consequência, a legislação penal extravagante, de cariz administrativo e de conteúdo económico-social cada vez mais abundante. Contra este cenário reagiu, logo após a 2ª Grande Guerra, a República Federal Alemã. Seguindo as recomendações de Eberhard Schmidt, foram retiradas do âmbito penal infracções de escassa ou duvidosa relevância ética que não deveriam ser punidas com penas criminais mas com meras advertências sociais, coimas ou sanções ordenativas, a aplicar por agentes administrativos

essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem" (Dias, 1993: 41).

[107] A vítima tem sido esquecida e tende a não denunciar os crimes sofridos. Entre nós, em 1989, só 22% os denunciaram (Almeida e Alão, 1995). Tal percentagem explica-se por o sistema penal não dar uma resposta satisfatória às necessidades da vítima. Tem sido levada a cabo uma acção de sensibilização da polícia para, nas esquadras, apoiar e informar a vítima dos seus direitos. Em 1990 foi criada a Associação

encarregados de fiscalizar e controlar certas actividades. Assim, o direito das contra-ordenações foi autonomizado, bem como o respectivo ilícito, o ilícito de mera ordenação social (Dias, 1983: 320).

Tal movimento de descriminalização não obteve o eco internacional merecido. Até 1972, o ilícito de mera ordenação social apenas na Alemanha era "letra de lei". Portugal, em 1979, por intervenção de Eduardo Correia, instituiu um verdadeiro ilícito de mera ordenação social, com o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, transformando em ilícitos não penais comportamentos antes penalizados. Esteve aqui em causa uma descriminalização de cariz estrito e técnico, isto é, a desqualificação de uma conduta enquanto crime.

A ideia de conferir ao direito de ordenação social maior autonomia, é reconhecida pela Constituição da República Portuguesa (CRP) e também pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro e pelo Decreto-Lei n.º 224/95, de 14 de Setembro. O direito penal deve então ser apenas utilizado como *ultima ratio*, punindo tão-só aquelas ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana[108].

O ilícito de mera ordenação social é uma das mais importantes manifestações do movimento da descriminalização. O discurso da descriminalização parte pois da crise de sobrecriminalização. Todos os países se deparam com a exagerada hipertrofia do direito

---

Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), que presta atendimento jurídico e psicológico e estabelece a ligação com a comunidade, a polícia, as autarquias, etc. (Almeida, 2000: 46).

[108] Crime e contra-ordenação são duas categorias de ilícito que se distanciam pela natureza dos bens que tutelam, pela desigualdade de ressonância ética que têm e pelos direitos sancionatórios a que pertencem: o crime pertence ao direito penal, a contra-ordenação ao direito de mera contra-ordenação social. A cada um corresponde uma forma processual distinta: processo penal para os crimes, processo de contra-ordenação para as contra-ordenações. Contra-ordenação é todo o facto ilícito e censurável que preenche um tipo legal ao qual se comina uma coima - esta noção reporta-se a um ilícito não penal. Crime é o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança. Em 1982, pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, foi introduzida outra modificação, transformando as contravenções existentes em contra-ordenações que são, nos termos do seu artigo 1.º, "todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima". São diferentes os princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos a que se submetem a legislação penal e a das contra-ordenações. Transportam-se para o direito das contra-ordenações as garantias constitucionalmente atribuídas ao direito penal, designadamente as decorrentes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável. Os pressupostos de imputação de contra-ordenações são os seguintes: ilicitude; acto praticado por pessoa individual ou colectiva; imputação do facto à responsabilidade social do seu autor. A coima é a reacção social à contra-ordenação, visa advertir para o cumprimento de deveres e obrigações que resultam apenas de uma certa ordenação social, daí que a sua aplicação deva caber às autoridades

criminal, pondo em causa tanto a legitimidade como a sua eficácia. O discurso de descriminalização obedece à mesma lógica que o da criminalização. Trata-se de identificar uma conduta socialmente danosa e intolerável, de questionar a legitimidade e a necessidade do Estado controlar jurídico-penalmente a sua expressão e de indagar se o sistema penal o pode fazer com vantagens, sem se converter num factor criminógeno (Dias e Andrade, 1992: 404). É quase unânime que só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos, que sejam socialmente danosas, não esgotando estas condutas a questão da legitimidade da criminalização. A dignidade penal é apenas a legitimação negativa, é suficiente para impor a descriminalização ou para contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor a criminalização, visto isso só se conseguir em sede de carência de tutela.

Daqui decorrem consequências fundamentais, desde logo a de que o direito penal não está legitimado para intervir quanto a condutas que não violem um bem jurídico individualizável, por mais imorais, a-sociais que sejam. Além de que, mesmo que uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico-penais não devem ser accionados quando a violação possa ser controlada ou contrariada por mecanismos não criminais de política social - a necessidade social é assim um critério decisivo de intervenção do direito penal, *ultima* ou *extrema ratio* da política social. Do cerne do direito penal devem, então, ser excluídas as condutas axiologicamente neutras. Como última consequência refira-se que processos de neocriminalização só serão aceites onde novos fenómenos sociais, antes inexistentes ou raros, impliquem consequências insuportáveis (Dias, 1993: 66).

As barreiras que se colocam à descriminalização são muitas. Descriminalizar é um acto político que tem contra si as representações e crenças do público. Argumenta-se, ainda, que os sistemas alternativos de controlo reproduzem as desigualdades sociais em maior grau que o sistema penal, sendo incompatíveis com um verdadeiro Estado de Direito. Um primeiro modelo de descriminalização consiste numa atitude negativa ou abstencionista do Estado, o que acontece nos casos em que a descriminalização fica sobretudo a dever-se a questões de legitimidade ético-política. Esta forma de

administrativas. Com isto não se penetra ainda na administração da justiça que a CRP atribui em exclusivo aos tribunais (Robalo, 1997: 11-15).

descriminalização não levanta especiais dificuldades de concretização, pressupõe, isso sim, transformações significativas no horizonte cultural.

A descriminalização impõem-se, ainda, às condutas criminalizadas por razões de cariz moralista por força de uma indevida identificação do crime com o pecado, o mal, o vício e a imoralidade e também em casos de evasão subcultural ou de marginalidade social. O direito à diferença oferece um contributo para a descriminalização de condutas ou formas de vida como o alcoolismo[109] ou, recentemente, o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (Decreto-Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro). Igualmente para a delinquência juvenil se buscam novos caminhos de política criminal, de descriminalização. Já no âmbito da pequena criminalidade patrimonial – *v.g.* em supermercados - tudo é mais controverso. A este tipo de criminalidade em ascensão chama Lange "criminalidade de bem-estar" (*in* Dias e Andrade, 1992: 432). As razões a favor da descriminalização são aqui decisivas – seria um alívio para a justiça criminal, dado o volume deste tipo de criminalidade. Os seus autores são, em geral, pessoas que apenas cometeram estes crimes e que não terão qualquer outro contacto com o sistema penal. Contudo, têm sido modestos os avanços para descriminalizar tais acções, no panorama do direito comparado.

O Código Penal de 1982 operou a descriminalização por várias vias, refreando a sua intervenção em matérias relativas à conduta sexual, a problemas familiares, à ofensa de puros valores morais e religiosos, ao consumo de estupefacientes, isto é, quanto à generalidade das matérias que a moderna criminologia apelida de *crimes without victims* (Dias, 1993: 80). Eliminou, para o futuro, a categoria das contravenções, substituindo-a pela categoria não penal das contra-ordenações no âmbito de um direito de mera ordenação social.

A alteração introduzida ao Código Penal (CP) em 1995, através do Decreto-Lei n.º 48/1995, de 15 de Março, descriminalizou certas condutas contra a segurança do Estado e contra a autoridade pública. Foram remetidas para legislação extravagante, por

[109] As alternativas terapêuticas são indicadas para os casos em que os elementos de uma infracção implicam uma conotação médico-social. É o que se passa com o consumo de estupefacientes e a embriaguez em espaço público. A justificação deste tipo de descriminalização depende de alguns pressupostos fundamentais, devendo desde logo os tratamentos a aplicar contar com o consentimento dos interessados, para que não se tornem em formas de punição.

questões de técnica legislativa, condutas que não levantam dúvidas acerca da sua dignidade penal – é o caso, para além de condutas que devem ser imputadas a pessoas colectivas enquanto tais, de áreas como a criminalidade informática, o branqueamento de capitais ou os atentados contra a integridade e identidades genéticas. No entanto, a descriminalização foi moderada na interrupção voluntária da gravidez (Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/97, de 19 de Abril).

A história do direito criminal, como atrás referimos, está marcada por sucessivos movimentos de neocriminalização. Mesmo o período do racionalismo-iluminismo, conhecido pelo impulso descriminalizador, teve momentos de neocriminalização, alargando de forma significativa a área criminalmente relevante, designadamente no domínio das infracções contra o património. No período seguinte, do romantismo e da escola histórica do direito, de novo adquiriram relevância jurídico-penal violações a valores religiosos e morais, isto em clara contradição contra o direito penal do iluminismo que, por influência de Feuerbach, remetera tais infracções para o âmbito do mero ilícito de polícia (Dias e Andrade, 1992).

O movimento de neocriminalização não se reflecte, de imediato, nos códigos penais, por razões de técnica de codificação. O processo criminal é a área eleita pelo legislador para pôr em prática medidas de descriminalização, mas é sobretudo no domínio do direito penal secundário que o os crimes contra a economia, o ambiente, a legislação laboral, a saúde, etc., se encontram regulados.

Actualmente, as transformações do mundo, tecnológicas, económico-sociais, políticas e culturais, reclamam um alargamento da criminalização[110]. As ameaças do progresso técnico requerem, com frequência, tutela criminal, bem como áreas relacionadas com os avanços da medicina e os aspectos éticos conexos. Grandes manchas de neocriminalização foram criadas pela *white-collar criminality*, abrangendo ilícitos em áreas como a saúde, a segurança social, a economia. Outras manifestações sociais com relevo em sede de neocriminalização são os movimentos feministas, impondo o alargamento do crime de violação, de modo a abranger formas antes não previstas. O domínio das práticas sexuais, um dos mais atingidos pela

[110] Cfr. Código Penal, artigos 175.º (Actos homossexuais com adolescentes), 221.º (Burla informática e nas comunicações), 273.º (Energia nuclear), 278.º (Danos contra a natureza) e 279.º (Poluição).

descriminalização, é também um dos mais sensíveis às ideias da neocriminalização (artigos 163.º a 179.º do CP).

O critério político-criminal decisivo para aferir a legitimidade de um processo de neocriminalização é averiguar se estão em causa fenómenos sociais novos ou raros que desencadeiam consequências insuportáveis e contra os quais só o direito penal está em condições de proporcionar protecção. Há alguns exemplos de neocriminalização no Código Penal no quadro dos crimes contra a reserva da intimidade da vida privada, dos crimes contra a vida e a humanidade e dos crimes de perigo comum. Houve criminalização penal também em áreas como a dos incêndios (Lei n.º 19/86, de 19 de Julho), difamação e injúrias a órgãos de soberania (Decreto-Lei n.º 65/84, de 24 de Fevereiro), corrupção (Decreto-Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro), consumo de drogas (Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro)[111], homicídio e ofensas corporais agravadas pela morte de um agente da autoridade (Decreto-Lei n.º 101-A/88, de 26 de Março), condução sob a influência do álcool (Decreto-Lei n.º 162/01, de 22 de Maio)[112] e criminalidade por meios informáticos (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). Houve, em

[111] O consumo de estupefacientes, com a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, sofreu uma descriminalização, passando a constituir contra-ordenação, punida por sanções como a multa. Figueiredo Dias analisou a criminalização/descriminalização no âmbito do tráfico de drogas, tendo concluído que a institucionalização de actividades ilícitas acaba por dar lugar a uma cultura delinquente específica, procedimento com o qual o Estado cria muito mais delinquência do que está em condições de evitar, pelo que seria fundamental descriminalizar radicalmente, mudando os meios de reacção e de controlo do âmbito da política criminal para o da política social de cariz não criminal. Foi nos EUA que a ideia de descriminalização total das drogas foi pela primeira vez apresentada. Porém, os tempos mudaram, havendo uma inflexão das propostas político-criminais, sendo a tese da descriminalização substituída pela da criminalização total e sem lacunas. O autor entende que "a criminalização da produção, venda, detenção e consumo de drogas de baixo potencial face ao critério da dependência corporal grave – e de que pode apontar-se como exemplo paradigmático o *cannabis* – é, relativamente a adultos, injustificável, por ser em absoluto contrária às finalidades que com ela se visa alcançar". É também da opinião que "suposta a criminalização do consumo e dos comportamentos de mercados das drogas duras, enquanto ela deve ser plena no que toca ao tráfico, já quanto ao consumo deve ser restringida aos comportamentos susceptíveis de criar um perigo – e, na verdade, um perigo concreto – para bens jurídicos, de terceiros ou da comunidade, penalmente protegidos". O consumo das chamadas drogas duras constitui uma fonte potencial de perigo para os bens jurídicos que ultrapassa qualquer outra que na actual sociedade possa representar conduta integrante dos crimes de perigo constantes do Código Penal. Tal solução confronta-se com o princípio da autonomia e dignidade da pessoa perante considerações tanto moralistas como pragmatistas. Só será conseguida uma solução para a questão das drogas de forma justa com uma política sociocultural de longo prazo, designadamente com a integração de grande parte dos jovens. Isto exige, em vez de uma visão encurtada da política criminal, de carácter repressivo, uma sua concepção larga que a projecte numa política social virada para o bem comum (Dias, 1995: 13-31).

[112] O Decreto-Lei n.º 162/2001, de 22 de Maio veio impor a redução da taxa de álcool no sangue admitida, assim como o reforço do controlo da condução sob o efeito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

1995, também casos de neocriminalização, dado o aparecimento de novos bens jurídicos e de novas formas de agressão ou de perigo, bem como de compromissos internacionais assumidos pelo Estado português[113].

Aparentemente, o monopólio do Estado em relação à acção penal está a recuar. Isto é patente na diminuição de crimes públicos[114], na introdução, ainda que discreta, do princípio da oportunidade e nos poderes acrescidos reconhecidos aos sujeitos privados do processo penal. Mas há que apurar se a esfera de acção do Estado de facto é menor, ou se apenas se orienta noutro sentido. Um exemplo de um crime que passou a ser público com a Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio, é o crime previsto no artigo 152.º do CP, relativo a maus tratos. Visa-se deste modo evitar que grande parte dos ilícitos referentes à violência conjugal permaneçam impunes, conhecidos que são os constrangimentos iniciais da vítima, da vontade da qual já não depende a continuação do procedimento[115].

Na legislação portuguesa, actualmente, a maioria dos crimes são públicos, mas existe também considerável número de crimes semipúblicos e alguns crimes particulares. Compreende-se a escassez destes últimos: o ofendido é obrigado a apresentar queixa e a deduzir acusação particular, onerando-o a lei para além do que seria razoável, o que implica que a maioria das vezes a vítima desista de propor a acção penal, por dificuldades práticas (Almeida, 2000: 17-19). Além de que, quando apresentou queixa, já manifestou, de modo inequívoco, a sua vontade de pôr em marcha os mecanismos sancionatórios contra o infractor.

Os crimes semipúblicos são frequentes, isto porque configuram comportamentos menos graves, alguns incidindo sobre as chamadas bagatelas penais, o que explica que o Estado não desencadeie, por si, a acção penal. Exemplos são os artigos 143.º, 203.º, 205º, 209.º, 220.º do Código Penal. Uma categoria de crimes semipúblicos inscreve-se na defesa da unidade familiar (é o caso do artigo 154.º, n.º 4). Outra categoria é a dos

[113] Exemplos de neocriminalização são a propaganda de suicídio (artigo 139.º), a perturbação da paz e do sossego (artigo 190.º, n.º 2), a burla informática e nas comunicações (artigo 221.º), o abuso de cartão de garantia ou de crédito (artigo 225.º), a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos (artigos 243.º e 244.º), os instrumentos de escuta telefónica (artigo 276.º), os danos contra a natureza (artigo 278.º), a poluição (artigo 279.º).

[114] O que significa que tendo conhecimento de tais crimes, o Estado desencadeia a acção penal através do Ministério Público, independentemente da vontade da vítima que é, a este propósito, irrelevante.

crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (excepto os casos dos artigos 166.º, 169.º, 170.º e 176.º) que, apesar de corresponderem a comportamentos graves susceptíveis de implicarem a intervenção oficiosa do Estado, têm tais custos para a vítima, pela exposição da sua vida privada, que se entendeu ser de prevalecer o interesse da vítima, ficando esta com a escolha de optar entre a acção penal ou o esquecimento do facto.

Na revisão de 1995 é nítida a tendência para o aumento de crimes semipúblicos, situação para a qual terá contribuído o aumento da criminalidade, designadamente dos crimes de furto e burla. O legislador cedeu, assim, à tentação de, por este modo, diminuir os casos que chegam aos tribunais - recorreu ao raciocínio de que se defende melhor o interesse público não punindo crimes de diminuta gravidade do que insistindo em aplicar-lhes uma punição que por vezes apenas vai agudizar o conflito. Se não existem razões de prevenção geral que imponham a aplicação de uma sanção e a vítima não manifesta vontade nesse sentido, é preferível desjudicializar o episódio, em nome da pacificação social. Nesta ideia está também patente o respeito pela vontade da vítima, dependendo de decisão sua a acção penal.

1.2. Os caminhos da diversão (ou da desjudicialização da justiça penal)

1.2.1. Da diversão em sentido amplo

A diversão é distinta da descriminalização, dado que procura soluções alternativas ao tradicional sistema penal para responder a certas formas de ilícito criminal. A não-intervenção é igualmente distinta da descriminalização, pois aquela é um recuo da ordem jurídica em relação a condutas que, em abstracto, apenas implicariam a intervenção do processo criminal (Dias e Andrade, 1992: 402). Faria Costa (1986: 13) afirma que a resolução dos problemas da pequena criminalidade, "não passa pelo endurecimento das sanções punitivas mas sim pelo fomento de medidas

[115] A Lei n.º 129/99, de 20 de Agosto, aprovou o regime a aplicar ao adiantamento pelo Estado da

alternativas" como a diversão, em que uma infracção existe e tem dignidade penal, sendo no entanto solucionada "diversamente, divertidamente" sem recorrer ao processo penal e à sanção penal, isto é, desjudicializadamente.

As estruturas de conciliação são das mais expressivas manifestações do movimento de deslegalização ou de informalização da justiça criminal. Essas estruturas pretendem promover a interacção dos intervenientes no conflito para tentar superá-lo, dando lugar ao aparecimento da chamada justiça comunitária ou informal. Neste âmbito, inserem-se os *community boards*, comuns nos EUA e no Canadá[116], bem como as experiências da *Betriebsjustiz* e da *Ladenjustiz*[117]. Porém, não é unânime a opinião acerca destas experiências (Dias e Andrade, 1992: 425-426).

Nos anos 60 surgiu na justiça criminal, dentro da discussão criminalização/descriminalização, o discurso das estratégias de diversão, do consenso e da oportunidade. A análise da crise da política criminal contemporânea deixa transparecer um património comum de ideias, no contexto internacional. Pode falar-se de um paradigma emergente, a despontar, cujo ponto essencial parte da ideia da não intervenção, de acordo com a qual, para um eficaz controlo do crime, o Estado e o seu aparelho penal não devem fazer mais, mas menos, isto para que, como agora acontece, o Estado não produza mais delinquência do que a que está em condições de evitar (Dias, 1993: 41). Assim, os movimentos da diversão e da descriminalização são fundamentais a esta política criminal.

A descentralização dos subsistemas de controlo e a verdadeira participação dos membros da comunidade nesses subsistemas são os princípios fundamentais do paradigma emergente. Está em causa permitir o acesso das pequenas e intermédias comunidades (privadas, semipúblicas ou até públicas, mas não estaduais) à realização de tarefas político-criminais específicas, mesmo dentro do sistema formal de controlo.

---

indemnização devida às vítimas de violência conjugal.

[116] São organizações informais de cidadãos, o mais próximas possível dos intervenientes no conflito, que visam ajudar as pessoas a reconhecer, elas próprias, a natureza do seu conflito, a ouvir-se, a compreender a situação vivida pelo outro e a decidir se pretendem retomar ou superar o conflito.

[117] São sistemas autónomos de sanção aplicados no interior de certas empresas industriais, supermercados ou armazéns de venda directa ao público. São fenómenos complexos, sancionatórios mas imbuídos das ideias de prevenção, de repressão e de conciliação. Exprimem por vezes até a solidariedade existente entre a empresa e o desviante.

Isto não só porque o sistema estadual está sobrecarregado e tem de ser aliviado, mas porque quanto a concretas tarefas político-criminais, não é o Estado que está melhor colocado para as desempenhar, havendo vantagens na sua substituição por comunidades não estaduais, modificando deste modo uma política criminal ao macronível por políticas criminais diversificadas ao micronível (Dias, 1993: 46-47).

O movimento da diversão criminal (ou desjudicialização) insere-se, pois, no movimento da descriminalização, englobando os processos usados pelas instâncias formais e informais de controlo para alcançar uma solução dos conflitos jurídico-formais fora do sistema de aplicação da justiça penal. O efeito que se visa com este movimento é o de impedir as consequências estigmatizantes, em grande medida criminógenas, do sistema jurídico, e favorecer a socialização ou a não dessocialização dos delinquentes, sem fazer cair o efeito estabilizador das expectativas comunitárias que à ordem jurídica cabe tutelar.

A diversão é, então, o correlato adjectivo da descriminalização, devendo, por isso, ser analisados os seus resultados no quadro da política processual penal. Seja diversão pura e simples ou diversão com intervenção (artigos 280.º e 281.º do Código de Processo Penal, respectivamente), isto é, diversão com ou sem a actuação de um mediador ou de instrumentos de mediação, o elemento fundamental de todo o processo é que apenas pode ocorrer com o assentimento do visado. Existe, de acordo com Faria Costa (1986: 5), "uma equivalência conceitual entre diversão e desjudiciarização". Refere o mesmo autor que "a diversão tem de ser entendida como uma tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal, isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento". É importante frisar que, no essencial, a mediação não diverge da diversão, mas que tem, no entanto, especificidades.

A diversão pode ser analisada através dos seguintes tipos: *diversão simples*, quando o conflito é resolvido, imediatamente, pela polícia ou pelo Ministério Público; *diversão encoberta*, quando o infractor tem consciência de que se praticar certos actos, designadamente se indemnizar voluntariamente a vítima, o Ministério Público não o acusará ou não prosseguirá com o processo; *diversão com intervenção*, desde que o processo fique suspenso sob condição do cumprimento das injunções impostas pelo

Ministério Público, havendo como que um regime de prova antecipado; e, ainda, a *diversão por meio de mediação*, em que o conflito vai ser dirimido por intermédio de um mediador, nomeadamente um familiar, ou por órgãos civis para o efeito constituídos[118] (Costa, 1986: 21-22). A procura de meios diversos, de alternativas mais simples e eficazes, tem interessado os legisladores e as instâncias internacionais. A Recomendação 87/18 do Conselho da Europa propõe uma estratégia multifacetada e soluções de simplificação, diversão e aceleração, visando agilizar, desburocratizar e acelerar a justiça. Recomenda a descriminalização das infracções de massa, no direito estradal, fiscal e aduaneiro, que sejam de pequena gravidade e dos crimes dependentes de queixa. Propõe diversas medidas de âmbito processual, desde a simplificação do processo penal até processos simplificados, transacções, bem como a adopção do princípio da oportunidade, para realização do interesse público.

1.2.2. Os princípios da oportunidade e do consenso

A tendência para reduzir a esfera de acção do direito penal e o desejo de inovar manifestam-se no reforço de certos mecanismos próprios do princípio da oportunidade, alguns já presentes no Código de Processo Penal (CPP) de 1987. No sistema português vigora o princípio da legalidade, mas a lei tem vindo a consagrar afloramentos do princípio da oportunidade, evitando-se assim os casos em que a punição implica mais desvantagens do que benefícios – por exemplo quando o delinquente é muito jovem e primário, quando a vítima não tem interesse na acção penal, etc. Respeita-se o princípio da intervenção mínima, que deve estar na base de todo o direito penal, libertando-se os tribunais de grande quantidade de processos cujo julgamento não é necessário aos fins de prevenção, quer geral, quer especial. Opera-se, deste modo, uma selecção inevitável, que feita de forma transparente passa a estar sujeita aos mecanismos legais do princípio da oportunidade. Tal selecção existe sempre e começa antes do Ministério Público, pois é desde logo feita pelas vítimas que vêem ou não certos actos como crimes. De seguida,

[118] O caso de Israel, concretamente de Jerusalém, é disto um bom exemplo, pois antigos funcionários dos assuntos sociais, psiquiatras, psicólogos, advogados, já retirados da função activa, agrupam-se para funcionarem como órgão capaz de resolver os conflitos de pequena gravidade. Em países como o Canadá e a Polónia também se pratica este sistema (Costa, 1986: 23).

é levada a cabo pela polícia que não participa todos os crimes de que tem conhecimento, operando uma triagem que obedece a certos critérios. Por último, mesmo quando vigora o mais estrito princípio da legalidade, é feita pelo Ministério Público, ao qual compete sempre averiguar se há indícios suficientes para acusar, dispondo aqui de uma considerável margem para seleccionar (Almeida, 2000: 26).

O princípio da oportunidade é encarado como a nova panaceia do processo penal, tendo já manifestações significativas no ordenamento português, contudo sem grande sucesso. O princípio da oportunidade tem permitido, dado o aumento da criminalidade no sistema penal, dar respostas expeditas à pequena criminalidade, através de soluções de consenso e de oportunidade, meios de diversão, mas sem que se perca, como paradigma, a obrigatoriedade do exercício da acção penal e a procura da verdade material como objectivo do processo penal.

Nas sociedades ocidentais é hoje fundamental a ideia de tolerância religiosa, política, sexual, enfim, comportamental. Para transpor esta ideia de tolerância para o pensamento jurídico urge descriminalizar, em princípio, todas as condutas que não ofendam o máximo de tolerância e criminalizar todos os comportamentos que ofendam esse máximo. Para o efeito, não pode haver um só vector de diversão, mas estratégias de diversão distintas. Na formulação de Roxin "ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imoralidade" (*in* Andrade, 1991: 387).

A justiça, tradicionalmente "monolítica e autoritária, estranha a toda a forma de concertação, de transacção ou de compromisso, abriu-se inusitadamente à "contratualização" (Rodrigues, 2000: 143), passa a ser uma justiça negociada, horizontal e interactiva. A justiça negociada apela à participação e ao consenso, conferindo à vítima e ao delinquente um papel activo quer pela participação, quer pelo consentimento. O Estado limitou o seu âmbito de actuação mas aumentou a livre determinação dos cidadãos. A "nova" justiça penal pretende ser guardiã da ideia do Homem como ser livre, titular de direitos fundamentais que importa respeitar e que estão garantidos por declarações e convenções internacionais. Pensa-se hoje que o delinquente deve ser associado à aplicação e à execução da sanção. Cada vez com mais frequência o direito penal faz recair a punição no consentimento do delinquente, pois

entende-se que a sanção mais útil é a aceite pelo condenado, por apelar ao seu sentido de responsabilidade.

Neste actual quadro de consensualismo, a prisão é a *ultima ratio*, são várias as penas de substituição previstas, a aplicar apenas mediante a concordância do condenado. A socialização do indivíduo está sempre presente, mas voluntária.

A construção da figura do acordo não poderá valer como uma figura geral do direito, tem de ser analisada inserida dentro do tipo de determinado bem jurídico, pois é com as cambiantes de cada um deles que o mesmo se concretiza e assume um determinado âmbito. Quanto aos crimes susceptíveis de acordo[119], podem-se sintetizar duas categorias de bens jurídicos que o direito penal pretende proteger, a saber, os crimes de ofensas corporais e o de introdução em casa alheia (Andrade, 1991: 364).

Mesmo nos casos em que se verifica uma descaracterização do ilícito pelo consentimento[120], ainda aí a situação deverá ser apreendida na sua plena amplitude estando-se perante uma certa frustração do programa político-criminal.

Ao analisar o problema do consentimento há que referir as situações em que o poder decisório ainda não existe ou se encontra diminuído, ou seja, os casos de menoridade ou de anomalia psíquica e os estádios terminais e irreversíveis de doença incurável, que comportam coeficientes menores de autonomia. No que diz respeito aos menores, a representação legal não pode ser entendida, nesta matéria, como absoluta. De facto, e não obstante recair sobre os pais um direito/dever de assistência, tal não lhes confere poderes absolutos nesta matéria. A maioria dos ordenamentos jurídicos determina uma esfera em que o médico pode actuar sem que se verifique esse consentimento – é o caso em que uma intervenção médico-cirúrgica é indispensável para salvaguardar o bem jurídico que é a vida do menor e os progenitores, por motivos religiosos ou outros, se recusam a consentir a intervenção, podendo aí o médico actuar sem que tal implique uma violação legal. No seu perfil genérico, os crimes sexuais possuem uma estrutura idêntica à do crime de introdução em casa alheia. Também aqui o bem jurídico protegido assume uma forma concreta de liberdade, referenciada nas

[119] O acordo é uma causa de exclusão do tipo, mediatiza a plena realização da liberdade pessoal erigida em bem jurídico e face ao qual não tem sentido falar-se de ofendido.

[120] O consentimento consiste numa causa de justificação que por tal sacrifica o bem jurídico.

relações entre a autonomia pessoal e o bem jurídico típico, com as repercussões que a concordância do portador lhe impõem (Andrade, 1991).

Nos países em que vigora o princípio da legalidade, o aumento da criminalidade implicou alterações na actuação do Ministério Público que mais não são que concessões ao princípio da oportunidade. Era premente a criação de um "filtro" para descongestionar os tribunais. Disso é reflexo a quantidade enorme de arquivamentos registada. Em Portugal, em 2000, apenas um terço das denúncias efectuadas levavam à acusação e consequente introdução do processo em julgamento enquanto a taxa de acusação atinge na Alemanha os 72% (Almeida, 2000: 27-28).

A lei consagra mecanismos de controlo desta actividade do Ministério Público – além do requerimento de abertura de instrução, há os meios previstos nos artigos 278.º e 279, n.º 2 do CPP, mas são insuficientes. Houve então necessidade de criar outros afloramentos do princípio da oportunidade.

As alterações encetadas no processo penal são apenas excepções ao princípio da legalidade vigente, e não o primeiro passo no caminho para o princípio da oportunidade. O regime do processo sumaríssimo não é particularmente representativo do princípio da oportunidade mas sim de um espírito de consenso que começa a desabrochar. O artigo 280.º do CPP – *Arquivamento em caso de dispensa de pena* - é já uma manifestação mais interessante da tentativa feita pelo legislador para encontrar saídas inovadoras. Pretende-se, através deste instituto, resolver grande parte dos problemas da pequena criminalidade, como tem sucedido no direito comparado, aliviando-se os tribunais da morosa tarefa do julgamento. Prevê-se o arquivamento do processo nos casos em que o Ministério Público dispõe de indícios suficientes para acusar mas opta por não o fazer, por razões de oportunidade. Mas há certos pressupostos a respeitar, designadamente o âmbito de aplicação deste regime (só os crimes relativamente aos quais a lei penal prevê de modo expresso a dispensa – artigos 74.º, 186.º, 286.º e 364.º do CP – ou isenção de pena). O artigo 280.º do CPP move-se, então, num horizonte muito estrito, o legislador poderia ter ido mais longe, alargando o rol dos crimes abrangidos. É essencial a concordância do juiz de instrução para haver arquivamento, se assim não fosse, ficaria a cargo do Ministério Público uma actividade quase judicatória que não lhe compete. No artigo 280.º, n.º 2, admite-se o arquivamento mesmo nas situações em que já tenha

havido acusação, e tendo sido requerida instrução, esta ainda esteja a decorrer. Neste caso, a iniciativa do arquivamento será do juiz de instrução, visto ser ele que dirige esta fase. Mas é fundamental a concordância do Ministério Público, uma vez que está em causa o arquivamento de um processo que, seguindo a normal tramitação, daria lugar a despacho de pronúncia. Esta norma poderá também ser aplicável a crimes semipúblicos e particulares se se verificarem os pressupostos necessários e o Ministério Público entender conveniente, podendo o processo ser arquivado.

Em outras normas há afloramentos do princípio da oportunidade, visto deixarem ao Ministério Público a decisão de apresentar ou não queixa: os artigos 281.º do CPP e os artigos 178.º, n.º 2 e 113.º, n.º 5 do CP, são, pois, manifestações do princípio da oportunidade. A suspensão provisória do processo (artigo 281.º do CPP) é uma das principais manifestações concretas de oportunidade. Consiste num acordo realizado entre o Ministério Público, o arguido, o assistente e o juiz de instrução, para o qual se deve atender ao carácter diminuto da culpa. A pena abstractamente aplicável não pode ser de prisão superior a três anos, o Ministério Público deve considerar que a aplicação das injunções e das regras de conduta é suficiente para responder às exigências de prevenção exigíveis pelo caso, devendo ser assegurada a concordância do arguido e do ofendido. A suspensão provisória do processo é um instituto colocado à disposição do Ministério Público e do juiz, por intermédio do qual estes têm o "poder-dever de resolver grande parte das bagatelas penais". Este instituto representa "um meio entre a acusação e o arquivamento, em desconformidade com o procedimento clássico, fomentando um sistema processual "dualista" (Teixeira, 2000: 41).

Todos os sistemas penais admitem uma área na qual a intervenção do Estado é limitada, quer pela vontade da vítima – crimes semipúblicos – quer por considerações de oportunidade. Isto demonstra que todos os sistemas necessitam de válvulas de escape, não apenas para descongestionar os tribunais mas também para aliviar o confronto entre a sociedade e o delinquente, não elevando a punição a um imperativo absoluto. Só deste modo se conseguirá evitar a estigmatização a que muitos infractores são sujeitos, sem necessidade. Numa sociedade, o grau de liberdade afere-se também pelo relevo que assume o princípio da intervenção mínima. Porque o tribunal tem em vista alcançar a verdade material e a justiça, o artigo 344.º, n.º 3 do CPP prevê

excepções à aceitação ampla da confissão, determinando que o tribunal pode, em certos casos, decidir que deve ter lugar a produção de prova. O estabelecido nos artigos 141.º, n.º 5 e 344.º, sobre os efeitos da confissão integral e sem reservas, inspirou-se no direito comparado: na *guilty-plea* dos EUA, na *plea-bargaining* da Inglaterra e, em especial, na Lei de 11 de Novembro de Espanha.

O artigo 392.º do CPP (processo sumaríssimo**)** tenta diluir o cariz conflitual do processo penal, apelando para a colaboração entre o arguido e o tribunal – se o arguido concordar com as sanções propostas pelo Ministério Público evitará o julgamento e a estigmatização aí implícita. Há aqui, pois, um nítido apelo ao consenso. O processo sumaríssimo corresponde "a uma forma especial de processo destinado ao controlo da pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade, sem os custos de uma estigmatização e de um aprofundamento da conflitualidade no contexto de uma audiência formal" (Teixeira, 2000: 44). Trata-se de um processo destinado à pequena criminalidade que permitirá libertar os tribunais de processos bastante morosos. É um processo simplificado: o Ministério Público requer a aplicação da pena que entende dever ser a adequada; em audiência, o arguido ou aceita a sanção proposta pelo Ministério Público, com a inclusão da taxa de justiça reduzida que for devida e a indemnização civil e encerra-se o caso, ou não aceita, uma vez que pretende a produção de prova da acusação e não dispensa a sua defesa, seguindo o processo, nesse caso, para processo comum. O processo sumaríssimo tem carácter jurisdicional, com a confirmação pelo juiz da decisão. É facultativo, depende da iniciativa do Ministério Público, que tem de fundamentar o motivo pelo qual optou por este tipo de processo – há pois aqui um espaço de oportunidade.

O processo penal é, pelo exposto, o instrumento essencial para o desenvolvimento da desjudicialização, seja através da consagração de mecanismos de diversão e/ou de corolários dos princípios da oportunidade e do consenso.

1.2.3. A mediação penal: as origens e o conceito

A ideia de recorrer a outros modelos, para além do processo judicial, com o fim de resolver conflitos, não é recente, como analisámos no capítulo primeiro[121]. O processo judicial não é, pois, a técnica única e universal para solucionar os diferendos[122].

Os primeiros impulsos de reintrodução da mediação surgiram nos EUA, nos anos 60, por iniciativa de organizações tanto de cariz religioso como laico, através da introdução do movimento *Alternative Dispute Resolution* (ADR), nos termos já referidos nos capítulos 1 e 2. Este movimento era sobretudo orientado para o contencioso civil, fazendo, no entanto, também incursões no direito penal. Assim nasceu o *Victim Offender Reconciliation Program,* que visava o encontro entre o infractor e a vítima para, em conjunto e com a ajuda de um terceiro, determinar as modalidades de reparação. A Europa adoptou estas ideias nos anos 80 (Demanet, 1995: 888).

A partir de 1994, um pouco por toda a Europa, surgiram projectos piloto de resolução de conflitos penais nos quais as partes adversárias estão em presença de um terceiro neutro, o mediador, com o fim de alcançarem um acordo acerca da reparação dos danos materiais e imateriais. Mediação é o processo, reparação o resultado. A mediação pretende impor-se como alternativa ao actual modelo de justiça[123]. É um instituto de devolução do conflito penal aos particulares. Surgiu como resposta a diversas injunções internacionais no âmbito de uma crescente atenção ao papel da

[121] Já Confúcio preconizava a resolução de litígios pela persuasão moral, mais do que pela coerção. São muitas as sociedades tradicionais que recorrem à mediação como forma de encontrar soluções consensuais para os conflitos. Até há pouco tempo, nas nossas comunidades, os padres das zonas rurais, os médicos e outros referentes sociais, muitas vezes regulavam os conflitos entre as partes, ajudando-as a encontrar uma solução equilibrada.

[122] Como analisámos no capítulo primeiro, as sociedades ocidentais têm uma jurisdificação e jurisdicionalização excessiva, que torna o direito muito complexo e o faz perder o seu papel de modelo, para além de que o consumo de justiça aumentou consideravelmente, o que contribuiu para a actual reintrodução da legitimação de formas alternativas de resolução de litígios, como a mediação. Recentemente, a diversão está claramente inscrita no regime jurídico do consumo de drogas - Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, designadamente os artigos 15.º a 24.º. Um afloramento de diversão é desde logo o tratamento espontâneo do consumidor toxicodependente (artigo 3.º).

[123] As alternativas à prisão são a quarta geração de sanções, ou a segunda a promover substitutos não institucionais para penas curtas de prisão.

vítima no processo penal. Visa-se resolver o conflito através da relação directa entre o agente e a vítima, ou antes, através de uma relação mediada por intervenientes informais e desligados do aparelho judiciário. São objectivos da mediação a criação de um controle social baseado mais na restauração do equilíbrio perturbado pelo delito do que na punição do culpado, evitando o sistema judiciário, suprimindo o efeito de estigmatização do delinquente que o processo penal desencadeia.

De acordo com o movimento abolicionista, a mediação é a alternativa para o sistema penal. Assim, desconstrói o crime, apresenta-o como o conflito entre pessoas que não deve ser resolvido por um Estado burocrático que vai ainda trazer mais dor e agudizar o conflito. Mas a mediação para reparação não é apenas encorajada pelo movimento abolicionista, também o é pelos movimentos gerais de alternativas, bem como pelo Estado desjudicializador.

A mediação instituída no âmbito penal pode ser vista numa dupla perspectiva. É uma técnica de resolução de conflitos que se pretende construtiva para a vítima e para o agente da infracção e revela, por outro lado, uma nova maneira de pensar a justiça penal. Toda a mediação aspira a ser conciliadora e consensual, ao contrário da justiça repressiva, que responde com violência legal a uma violência de rua. A mediação insere-se numa lógica de justiça não directiva, contribuindo assim para a pacificação de situações conflituosas. Faz sair a vítima do anonimato a que esteve votada pelo direito penal, tendo aqui um papel activo na gestão do seu caso, não se sentindo ignorada mas antes reconhecida. Encontrar o autor do delito e entender as circunstâncias que o levaram a agir daquele modo ajuda a vítima a desdramatizar a situação, e dá ao delinquente a possibilidade de exprimir o seu ponto de vista acerca do acto, a aperceber-se da sua gravidade e consequências. O interesse da mediação reside também no facto de que são tidas em conta as reais possibilidades de reparação do delinquente e não impõe uma qualquer solução. Esta é negociada entre o delinquente e a vítima. Pela mediação o delinquente que tomou consciência do mal que provocou vai reagir através de uma acção positiva, reparando-o.

A mediação penal, reavaliando a questão das vítimas e instaurando uma reacção social mais positiva para com o delinquente, responde a certos reparos dirigidos à justiça penal. Demonstra a aplicação prática de uma nova racionalidade penal, a

denominada justiça restaurativa. A mediação não visa apenas resolver um litígio, mas também reconciliar as partes. A racionalidade da interacção, o facto ser tido em conta o interesse da vítima e a responsabilidade do delinquente, é encarado numa perspectiva de justiça restaurativa, tendo um papel específico de prevenção, a longo prazo, através da reconstituição do tecido social fragilizado.

Um movimento fundamental no desenvolvimento da mediação penal é o relativo aos direitos das vítimas. No Reino Unido, Canadá e EUA, a atenção dispensada às vítimas começou nos anos 60, como parte do movimento de direitos civis centrados nos mais vulneráveis (mulheres, crianças, consumidores, idosos, homossexuais, etc.), tendo consolidado um dos maiores movimentos sociais e legais da história contemporânea desses países. As vítimas organizaram-se em muitos países sob a forma de associações que garantem assistência jurídica, financeira e psicológica. Algumas começaram com carácter religioso, apoiadas, muitas vezes, por voluntários. Hoje, a maioria recebe fundos públicos, que ajudam a articular as necessidades do movimento. A mediação projecta-se, assim, não para a grande sociedade, mas fundamentalmente para os pequenos grupos sociais, tais como os bairros, as empresas, a família. Esta ideia nasceu e parte dos *Victim Offender Reconciliation Programs* (VORP´s), que já referimos, concebidos como uma alternativa[124]. O movimento de VORP exprime-se de forma teórica pela justiça restaurativa, integrando organizações independentes fora do sistema de justiça criminal, mas trabalhando em cooperação com esse sistema. O processo de VORP prevê um "encontro cara-a-cara" entre vítima e agente de infracções para casos que já entraram no sistema de justiça criminal e em que o agente assumiu tais actos. O encontro é facilitado por um mediador treinado, de preferência um voluntário comunitário, que contacta ambas as partes separadamente de modo a dar-lhes a possibilidade de exprimirem as suas necessidades e a vontade de participarem – o consentimento em participar é transposto para documentos escritos. "O mediador quando resolve ou é chamado a entrar numa relação locutiva (conflitual) tem a

[124] Actualmente há centenas de pessoas envolvidas no movimento VORP, nos EUA, Canadá, Inglaterra e outros países. Na origem e expansão deste movimento, a igreja *Mennonita* teve um papel central. Começou em Ontário, em Maio de 1974, quando dois jovens canadianos cometeram 22 actos de vandalismo. Então, um seguidor dessa igreja, interessado em orientações comunitárias alternativas, propôs ao juiz que os agentes desses actos se encontrassem com as vítimas e negociassem a restituição. O juiz acabou por acatar tal proposta.

obrigação de desencadear fenómenos que devem ser de aproximação e de reconciliação" (Costa, 1986: 6).

As vantagens que a mediação pode apresentar consistem na construção de uma justiça individualizada, desenvolvida num face-a-face entre indivíduos dialogantes, representando uma alternativa aos métodos tradicionais repressivos. Constitui também uma pacificação social conseguida através da reparação material para todas as partes envolvidas. A mediação dá à vítima a possibilidade de conhecer o agente, de lhe fazer perguntas, de lhe expressar os seus sentimentos e de discutir uma reparação satisfatória. O arguido readquire a sua dignidade ao assumir a responsabilidade do acto que praticou, toma consciência dos danos materiais e psicológicos que provocou à vítima, podendo encontrar uma forma de ressarci-la do mal praticado, em vez de lhe ser imposta uma solução para o efeito. A justiça desce ao nível dos cidadãos a que se destina, é mais célere e menos dispendiosa e alcança-se, por um meio mais reintegrativo e menos retributivo, uma pacificação mais genuína e duradoura, porque participada. O acordo ao qual se deve chegar no final da mediação, é um acordo livremente consentido e aceitável para cada um[125].

1.2.4. As penas alternativas à prisão: os casos português e francês

A sanção confunde-se, com frequência, com punição. Toda a punição é sanção, mas o contrário não é verdadeiro – há sanções que não são punitivas. Durkheim opõe as sanções penais, de natureza repressiva, às outras, de cariz restitutivo (*in* Delmas-Marty, 1984: 50-53). Umas implicam sobretudo uma dor, têm o fim de atingir o agente na sua fortuna, na sua honra, na sua liberdade, visam privá-lo de algo. Já as outras não representam qualquer sofrimento para o agente, consistem numa reposição da situação anterior. Há até um tipo de sanção que não implica repressão nem restituição, mas gratificação, recompensa (exemplo, um diploma "sanciona" o bom resultado de um estudante).

[125] No ordenamento jurídico português os crimes particulares e semipúblicos, em que a desistência de queixa pela vítima e a sua aceitação pelo arguido tem como consequência a extinção do procedimento

Uma das importantes operações no âmbito penal consiste na escolha da pena a aplicar, isto porque a punição prevista para um dado crime pode admitir a aplicação, em alternativa, de duas penas principais (pena de prisão ou pena de multa) ou porque, após determinar a medida da pena de prisão, o juiz apercebe-se que pode aplicar uma pena de substituição. No caso de se verificarem os pressupostos exigidos, o juiz poderá logo aplicar o regime de prova – esta é então uma pena de substituição aplicada a título principal. Tais operações encontram justificação no movimento de luta contra a pena de prisão, na necessidade de retirar todo o cariz estigmatizante, dessocializador e criminógeno às penas. A distinção entre penas principais e acessórias é, assim, um tema muito actual.

A multa é a pena substitutiva não detentiva por excelência, tendo o Código Penal previsto o sistema de dias-multa para melhor a adequar à culpa e às condições sócio-económicas do agente. Outros importantes substitutivos da pena de prisão são a suspensão da execução da pena e a suspensão com sujeição a deveres, regras de conduta e com regime de prova (artigos 50.º e ss. do CP). De referir são ainda a admoestação e a prestação de trabalho a favor da comunidade (artigos 58.º e 60.º).

A suspensão da execução da pena tem sido a verdadeira pena alternativa, em detrimento de outras medidas, designadamente da pena de multa, dando assim lugar à ideia de "quase absolvição" ou de impunidade do agente, o que contribui para o descrédito da justiça penal. Há, pois, que devolver à pena de multa a efectividade que lhe cabe, dignificando-a através do aumento do número dos dias de multa e do montante máximo diário, para assim representar um sacrifício mesmo para os mais favorecidos economicamente. A credibilidade e eficácia da pena de multa foi reforçada através da proibição, em 1995, da sua suspensão. Apenas pode, isso sim, em certas circunstâncias, ser substituída por dias de trabalho. Importantes são ainda as penas acessórias (artigos 65.º e ss.), a saber, a proibição do exercício da profissão, a sua suspensão e a proibição de conduzir veículos motorizados.

No sistema penal francês distinguem-se dois mecanismos relativos às penas alternativas (Lorho, 2000: 2-23), o que permite, a título principal, pronunciar penas

---

criminal, parecem-nos ser um campo fértil, onde se poderiam desenvolver experiências de mediação penal.

aplicadas de forma complementar para os delitos e infracções de todo o tipo e aquele que torna possível pronunciar certas sanções, designadamente o trabalho a favor da comunidade, os dias multa e algumas penas privativas ou restritivas de direitos como alternativas à prisão. O recurso a estas medidas tem sido muito tímido[126].

Em França, a maioria das penas complementares pode ser pronunciada a título principal, designadamente as que implicam interdição, incapacidade de um direito, injunções de cuidado ou obrigações de *facere*, imobilização ou confisco de um objecto, encerramento de um estabelecimento, afixação ou publicidade da decisão pronunciada. O Código da Estrada prevê, a título de pena complementar, o trabalho a favor da comunidade, como repressão de certos delitos. Em regra, o trabalho a favor da comunidade é uma pena alternativa geral à pena de prisão, porém, em matéria de direito do ambiente e de infracções ao Código da Estrada, constitui a pena principal. O tribunal pode aplicar a título principal várias penas complementares. As penas aplicáveis a título principal são a apreensão da carta de condução por um período de três anos ou mais, a interdição de deter uma arma por igual período, a apreensão de armas de que o condenado é proprietário ou de que tem a livre disposição, a apreensão da licença de caça durante três anos ou mais, a apreensão do objecto que serviu para cometer a infracção ou que a produziu. Há ainda que referir a interdição de utilizar cheques e o trabalho a favor da comunidade, penas estas que são aplicáveis a título complementar para certas contravenções e apenas a título principal para outras.

As penas alternativas são, no sistema francês, aplicáveis a extensas categorias de delitos, puníveis designadamente com a prisão. Tais penas alternativas são os dias multa, cumuláveis com a pena de prisão, as penas privativas ou restritivas de direitos e o trabalho a favor da comunidade.

[126] Em 1998, para um total de 294.000 penas de prisão, apenas em 49.000 casos se recorreu a penas alternativas (Lorho, 2000: 2).

1.3. A justiça penal restaurativa: a construção de um novo paradigma

1.3.1. Das teorias dos fins das penas à justiça restaurativa

A história do direito penal reflecte os movimentos dominantes das diversas épocas que a marcaram. Determinante para apurar de que período histórico se trata, é descortinar quais os fins subjacentes às penas a aplicar. Os conflitos criam, no plano social, o impulso que provoca progressos sociais. Da forma como responde aos desafios e aos conflitos, decorre a concepção de justiça de uma sociedade.

De acordo com Eduardo Correia (1971: 39) "as sanções criminais correspondem a uma necessidade de afirmar certos valores ou bens jurídicos". Porém, para afirmar tais valores, podem ser seguidos caminhos diferentes, pode optar-se pela ideia segundo a qual a reacção criminal é uma pura exigência de justiça – teoria absoluta - ou antes pela via que considera que a reacção criminal tem como fim proteger certos interesses, conservá-los e defendê-los – teoria relativa. Para as teorias absolutas a reacção criminal decorre de uma exigência da própria violação, denominando-se como teorias ético-jurídicas, enquanto as teorias relativas fazem decorrer a sanção da necessidade de evitar futuras violações - são estas as teorias utilitárias, finalistas. Há ainda as teorias mistas, para as quais o fim da sanção é uma reacção contra o passado, visando ao mesmo tempo evitar futuras violações, por estar em causa a "aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialécticos, estéticos, religiosos ou sociais. Quem procede mal deve pagar esse mal como é justo, e é justo que sofra um mal igual ao que praticou" (Correia, 1971: 41) – estas são as teorias retributivas. A aplicação da sanção pode, contudo, ter em vista tão-só a prevenção de futuras violações, intimidando a generalidade das pessoas e desviando-as assim da prática do crime – prevenção geral, ou tentar actuar sobre o agente, mas num sentido segregador, afastando-o da sociedade, com intenções reeducativas, correctivas, ou intimidativas – prevenção especial.

Ao longo da história estas teorias, sem em momento algum terem granjeado o consenso, têm-se afirmado ciclicamente. Vejamos: as ideias pitagóricas eram no sentido

da pena como retribuição, já Platão, defendia a prevenção. Na Idade Média, ganha relevo a teoria retributiva. Foi Grócio, na Idade Moderna, que construiu a primeira teoria da pena, libertando-a de concepções bíblicas e teológicas mas reconhecendo fins sobretudo retributivos. Pensadores do direito natural como Hobbes, Puffendorf e Wolf, apenas consideravam a função preventiva da pena, enquadrando-a na doutrina do contrato social. Foi em torno desta ideia que no final do século XVII e no século XVIII Beccaria e Feuerbach construíram as suas teorias. Surgem então Kant e Hegel a reagir contra essas ideias utilitárias, defendendo a retribuição. Na Alemanha do século XIX, a escola correccionalista justifica a necessidade de prevenção especial, tal como a escola positivista italiana. Ainda nos nossos dias há defensores de ambas as teorias (Correia, 1971: 42-44).

De exigências como a necessidade e subsidariedade da intervenção jurídico-penal decorre a ideia de que apenas "finalidades relativas de prevenção, geral e especial, não finalidades absolutas de retribuição e expiação, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir fundamento e sentido às suas reacções específicas. A *prevenção geral* assume, com isto, o primeiro lugar como finalidade da pena" (Dias, 1993: 72). Mas prevenção geral no seu sentido positivo ou de integração.

As doutrinas de retribuição e de prevenção têm em comum o facto de preverem como condição de aplicação da pena a prática de um facto ilícito. A diferença reside no seguinte: nas teorias da retribuição, o facto ilícito é o pressuposto e a medida da pena, enquanto nas teorias preventivas é o mero pressuposto, estando em causa não compensar o mal do crime, mas sim prevenir a prática de futuros crimes. A pena tem que actuar psicologicamente sobre a generalidade dos cidadãos, o que se consegue "através da ameaça de uma punição que contenha um sofrimento maior que o prazer que para a generalidade das pessoas possa estar ligado à prática do facto proibido e através da execução efectiva da ameaça quando o crime vem a ter lugar, para intimidação da generalidade pelo sofrimento imposto ao delinquente que se não deixou intimidar pela ameaça" (Correia, 1971: 47-49). A doutrina da prevenção geral assenta na ideia que o crime decorre de tendências da personalidade do delinquente e que a pena visa defender a sociedade de elementos que a perturbam, é a forma de segregar indivíduos tidos como socialmente perigosos e de tratar os corrigíveis. É punido quem é perigoso e por ser

perigoso, culpa é pois sinónimo de perigosidade. O pensamento preventivo entende que a pena deve ser individualizada, que deve variar consoante o delinquente, o que implica existir uma classificação destas. A pena é assim uma defesa social.

O discurso tradicional alternou, pois, entre as doutrinas retributivas e as de prevenção, geral ou especial. Porém, a crise da justiça incita a encontrar soluções, a fazer reformas e, em certos casos, coloca radicalmente em causa os fundamentos do anterior sistema. Foi o que sucedeu nos anos 70, com o aparecimento de um novo paradigma, empenhado em remediar as fraquezas do sistema judiciário e em encontrar novas formas de administrar a justiça. Para tal era fundamental um novo discurso, que se denominou *restorative justice* (justiça restaurativa).

1.3.2. A justiça restaurativa: a reconstrução de um conceito

Um dos primeiros problemas que se nos colocou foi o de como traduzir para português *Restorative Justice*. Hesitámos entre "justiça reparadora", "justiça restauradora" e "justiça restaurativa". Ora, segundo o Dicionário de Língua Portuguesa[127], restaurativo é o adjectivo que significa "*o que tem poder de restaurar"*. Assim, optou-se por "justiça restaurativa", por ser mais abrangente que o conceito reparar ou mesmo restaurar e o movimento em análise não se limitar a pretender uma justiça que repare a vítima ou reponha a situação anterior ao crime.

Albert Eglash formulou a noção de justiça restaurativa em 1977 (*Beyond Restitution: Creative Restitution*) mas este não é de todo um conceito revolucionário (*in* Llewellyn, e Howse, 2001). Com efeito, a justiça restaurativa é, segundo alguns, o modelo que domina a justiça penal, desde sempre, na história universal. Os seus princípios inspiram-se em várias culturas indígenas, designadamente na cultura dos nativos norte-americanos e dos aborígenes canadianos. As origens desta escola são tão ocidentais como exteriores ao Ocidente. Diversas sociedades africanas pré-coloniais procuram menos castigar os autores criminais do que solucionar as consequências das suas acções sobre as vítimas. As sanções são compensatórias em lugar de punitivas,

[127] Dicionário da Língua Portuguesa. Porto Editora (2001), www.portoeditora.pt.

pretendem restabelecer a situação anterior das vítimas, o equilíbrio social da comunidade. A humanidade de um indivíduo está ligada à humanidade de outrem, pelo que o dano causado a um reflecte-se no outro. A reparação exige que se preste atenção a todos os que sofrem, o processo de reparação visa os factos, os sentimentos e a restituição.

Este paradigma exige um especial empenho do Estado e das partes envolvidas, representa um corte com a tradição penal que sempre considerou a consequência do crime um assunto do Estado e não dos indivíduos, estando em causa a punição, não tanto a reparação. O sistema penal clássico "passa ao lado do fundamental: as vítimas não se sentem confortadas e os agressores distanciam-se das suas responsabilidades" (Tony Peters *in* Público de 30/05/2001.

A orientação relacional da justiça restaurativa é clara: é necessário colocar de lado a ideia de que as vítimas são as únicas partes lesadas pela infracção, deve entender-se que a colectividade e mesmo o autor são, em certo sentido, igualmente lesados. Na categoria de vítima há uma distinção a fazer entre as necessidades das vítimas directamente lesadas pelo autor e aquelas cujos danos lhes chegam de forma indirecta. Uma das necessidades dos contraventores após uma infracção é a sua reintegração na sociedade, mas, examinando a experiência das vítimas, conclui-se que a necessidade de reintegração é tão urgente para as vítimas como para os contraventores[128]. Há que considerar que o autor sofreu também um prejuízo em consequência da infracção, devendo ser-lhe dada a possibilidade de reflectir acerca dos seus actos e de pôr à prova os seus sentimentos para com o próximo. As perdas sofridas por cada uma das partes devem ser reconhecidas. A reintegração do autor é importante para o sucesso de todo o programa por lhe permitir escutar e compreender a experiência da vítima, assumir a responsabilidade relativamente ao dano causado e chegar a acordo sobre um plano de reparação.

A justiça restaurativa propõe um quadro de reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, mais do que uma teoria ou uma filosofia da justiça. Está na

[128] As vítimas partilham a experiência do autor, quando este é excluído da sociedade: ignora-se a vítima e o que lhe sucedeu, ou, mais frequentemente, isso é explicado como sendo o resultado de algo que a vítima fez ou deixou de fazer. As vítimas são estigmatizadas pela colectividade, da mesma forma que aí foram inseridas (Llewellyn e Howse, 2001).

origem de diversos programas, tais como mediação entre vítimas e delinquentes, conferências familiares, comités de determinação de penas. O conceito de justiça restaurativa é uma forma inovadora de responder à criminalidade e aos conflitos. É uma forma geral de abordar o conflito, pois promove uma nova aproximação ao crime e ao conflito, é uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a colectividade, a reparar, colectivamente, o mal que foi causado, de um modo conforme à sua concepção de justiça[129].

Este novo paradigma atraiu a atenção de muitos reformadores. Em pouco tempo tornou-se a palavra de ordem daqueles que desejam oferecer soluções alternativas à prática jurídica tradicional. Aplica-se a noção de justiça restaurativa a qualquer prática que se processe fora do quadro judiciário sem a intervenção da figura do advogado ou do juiz. É uma resposta centrada no crime, que encontra soluções para os mais directamente atingidos – a vítima, o agressor, as suas famílias, os representantes da comunidade – responderem ao prejuízo causado pelo crime. Baseia-se em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais activo envolvimento no processo. É a forma através da qual todas as partes interessadas numa dada infracção se reúnem afim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras (Umbreit, 1999).

Analisemos um exemplo de aplicação da justiça restaurativa: uma bicicleta é roubada, o ladrão é apanhado e a bicicleta é, em consequência, devolvida. A perda patrimonial que se sofreu com o roubo é compensada com a devolução da bicicleta. Porém, o que não é devolvido é o sentimento de segurança que existia antes. Ora, a justiça restaurativa pretende precisamente restabelecer a confiança perdida, esforça-se por reparar o prejuízo sofrido, transformando as relações entre os sujeitos envolvidos, por forma a que a mesma situação não se repita. A justiça restaurativa em conta o prejuízo causado pelo delito, mais do que o desrespeito pelas regras que foram infringidas, há igual preocupação pela vítima e pelo agente do crime, envolvendo ambos no processo de justiça. Visa, pois, o restabelecimento das vítimas, através da atenção que dispensa às suas necessidades, apoia os agentes da infracção, tenta compreendê-los e levá-los a aceitar as suas responsabilidades e obrigações, reconhece que não devem ser

[129] Cfr. *Commission du Droit du Canada* (2000).

impostas obrigações aos ofendidos que estes não consigam cumprir. Cria oportunidades de diálogo, directo ou indirecto, entre vítimas e agentes do crime, envolve a comunidade afectada no processo, fomentando a sua capacidade para reconhecer e responder às razões subjacentes ao crime. Encoraja a colaboração e reintegração, mais do que a coerção e isolamento, respeita todas as partes, incluindo vítimas, agentes do crime, operadores de justiça. Pretende estabelecer, ou restabelecer, a igualdade social (Llewellyn e Howse, 2001).

A abordagem restaurativa não se aplica só a pessoas individuais, aplica-se igualmente a grupos e a instituições (Llewellyn e Howse, 2001). A participação num processo de reparação deve ser voluntária, visto que para a reparação ter lugar, o contraventor deve admitir o que fez. Porém, é muito difícil assegurar que as vítimas participem voluntariamente. Para o efeito, os processos devem ser-lhes explicados detalhadamente, de modo a terem possibilidade de decidir, após ponderada reflexão. Para se prevenir o uso da força e da manipulação, é necessário organizar reuniões prévias entre o infractor e a vítima. Uma vez assegurado o carácter voluntário do processo, resta o problema do desequilíbrio de poderes, que pode influenciar a negociação dos resultados. Tal desequilíbrio existe por muitas razões: a natureza de relações anteriores entre as partes (ex. cônjuge violento) ou uma situação social distinta (ex. estatuto económico, idade, sexo, raça).

A justiça restaurativa não procura fazer diplomacia por interposta pessoa, o objectivo é que as partes se encontrem e sejam confrontadas com as versões contraditórias do incidente (Llewellyn e Howse, 2001). É nesta confrontação que se pode encontrar a verdade. Ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infractor superam os mitos e estereótipos mútuos, a vítima vê o agente da infracção como um ser humano, não já como um criminoso insensível, a colectividade percebe então que a vítima e o autor não são muito diferentes das outras pessoas. O encontro é fundamental para a reintegração, visto pôr em causa os estereótipos que justificavam a segregação. Porém, esse encontro deve ser orientado, não exclui a presença de um *facilitateur*. Este desempenha um papel fundamental, não deve intervir no conteúdo ou no resultado do processo, pode desempenhar um papel simbólico, representando a colectividade da qual provém.

A justiça restaurativa é, por definição, orientada sobre os resultados: o seu objectivo primário é restabelecer as relações; o objectivo secundário é a dissuasão. O sistema restaurativo, ao propor soluções alternativas à actual centralização, que provém da colectividade, torna-a o factor-chave nos programas reparadores. O Estado central, contudo, não pode ser completamente excluído. Obter-se-ão melhores resultados se as duas instâncias trabalharem em conjunto, tirando partido dos seus proventos e respectivas competências. Os governos podem prover os recursos necessários para que as colectividades resolvam os seus conflitos, encontrando-se numa boa posição para assegurar o respeito pelos direitos das partes. O sucesso dos programas e processos de justiça restaurativa depende do compromisso dos participantes com a reparação e da sua vontade de trabalhar, com vista a alcançar esse objectivo. Este empenhamento não pode ter lugar sem que exista uma cultura democrática e de cidadania, em que se privilegiam o respeito pelos direitos das vítimas e dos arguidos e os procedimentos assentem no civismo e no diálogo.

A procura da justiça como experiência vivida é um processo de contestação, de negociação entre as partes de um conflito (Llewellyn e Howse, 2001). Procurando a verdade deste modo, cada parte poderá compreender melhor a posição dos outros e do seu próprio comportamento. A justiça pressupõe que se dê ao delinquente e à vítima a possibilidade de demonstrarem a sua cólera de uma forma construtiva, isto é, que a utilizem para mostrar ao delinquente que os seus actos tiveram repercussões, incitando-o a assumir a responsabilidade daí decorrente. A justiça como experiência vivida tem também uma dimensão processual, visto exigir que os procedimentos de acordo com os quais as decisões são tomadas sejam imparciais e justos e os indivíduos tratados com respeito.

A justiça restaurativa pretende suscitar um consenso sobre a melhor forma de resolver um conflito, pelo que apela à participação activa das vítimas, dos delinquentes e das comunidades na procura de soluções. Todos os auxiliares de justiça penal podem participar no processo, sejam os advogados, os juízes ou a polícia. A mediação, a negociação, a regulação amigável, a indemnização e a reparação são os conceitos-chave. Procuram-se soluções susceptíveis de responder às necessidades das vítimas, de

favorecer a reinserção dos delinquentes na comunidade, de reflectir sobre as exigências da comunidade quanto à justiça (Llewellyn e Howse, 2001).

Os procedimentos são relativamente informais, sendo as partes convidadas a encontrar formas originais de resolver os conflitos. O papel dos responsáveis pelo programa não é impor directivas mas velar para que os interesses de todas as partes sejam protegidos.

A indemnização e as outras medidas de restituição podem ser importantes para as vítimas e para os delinquentes, mas não constituem a reparação enquanto tal, pois a reparação não consiste em colocar a vítima e o delinquente na situação em que se encontravam antes do conflito, visto que, por vezes, antes, a relação entre estes era disfuncional. A reparação pressupõe que os interessados possam reencontrar uma forma de reconduzir a sua vida e de restabelecer relações fundadas no respeito e na igualdade. O restabelecimento da confiança constitui, assim, um importante elemento da reparação. A justiça restaurativa assemelha-se a uma terapia, tanto para a vítima como para o delinquente. Nesta perspectiva, considera-se que a justiça depende da realização de um sentimento de bem-estar psicológico e emocional. Enquanto intervenção terapêutica, a terapia restaurativa pode ser invocada em qualquer etapa do processo penal. Hoje em dia, os programas de justiça restaurativa entram em cena antes da declaração de culpabilidade do delinquente, mas antes de a pena ser pronunciada, e também enquanto os delinquentes estão na prisão ou submetidos a uma medida de vigilância comunitária. Por vezes parecem constituir uma resposta a um conflito, outras têm sobretudo um carácter de intervenção terapêutica, de acordo com a fase do processo (Llewellyn e Howse, 2001). Os objectivos destes programas diferem segundo o momento do processo penal em que foram propostos.

A justiça restaurativa é sobretudo aplicada no âmbito do direito criminal. Isto explica-se, pelo menos parcialmente, por se contrapor à justiça retributiva, tal qual se manifesta no actual sistema de justiça criminal (Llewellyn e Howse, 2001). Ao compreender que a justiça restaurativa se interessa pelo restabelecimento das relações, não mais se pode justificar a sua limitação unicamente aos conflitos considerados como relevantes ao direito criminal, o que conta é o prejuízo sofrido, não o crime. Atendendo

às suas origens, é difícil encontrar uma boa razão para remeter este paradigma de justiça somente para os casos criminais.

As instituições jurídicas e judiciárias são um meio de aceder à justiça, mas não o único. A Igreja, o Estado e a comunidade desempenham também esse papel. Estas instituições são elas próprias responsáveis e criadoras da procura crescente dos serviços jurídicos. Há que atacar as causas do problema da justiça, antes de facilitar o acesso à instituição jurídica. Deverão ser procurados métodos para prevenir o maior número possível de litígios. Para ilustrar a ideia, Jacques Dufresne (1993a), recorre à imagem de uma pirâmide, na base da qual figura a autoregulação, seguida do direito preventivo, dos meios alternativos e por fim, no topo, surge o tribunal. Esta pirâmide em que a autoregulação ou justiça espontânea figura em primeira linha, sugere a aplicação ao direito de um princípio análogo ao princípio da subsidariedade. A justiça espontânea é, nas palavras de Gustavo Esteva (*in* Dufresne, 1993b), o sinal de uma forma acabada de civilização, enquanto que a justiça institucionalizada seria antes a marca de uma civilização sem tempo para consagrar à harmonia social. A fronteira entre o direito preventivo e a autoregulação é muito ténue. O referido autor distingue, ainda, o direito preventivo, que consiste num conhecimento da lei e na prevenção de litígios através da elaboração de contratos e o recurso ao sistema judicial[130], do que designa por alternativas, incluindo nestas a mediação, a arbitragem e a justiça informal, que funcionam com celeridade, permite a todos os cidadãos uma participação na tomada de decisões e torna a justiça uma realidade para pessoas que de outro modo estariam excluídas.

[130] Poderiam ser criados Centros de Direito Preventivo apoiados por notários, à semelhança do que acontece no Canadá, em Montreal, com o objectivo de prestarem esclarecimentos jurídicos (Dufresne, 1993b).

2. Alguns exemplos de experiência comparada

2.1. O princípio da oportunidade e consenso[131]

Oportunidade e consenso são princípios característicos, sobretudo, do modelo anglo-saxónico, que parte da concepção do direito penal como um processo de partes, sendo a comunidade (o Estado ou o povo) o demandante e o arguido o demandado. Assim, a acção penal está na disponibilidade do autor, que pode desistir ou transigir com o arguido, tendo em conta os fins ou interesses que pretende atingir ou defender – o consenso, a segurança, a paz social, a confiança da comunidade nas instituições. É um modelo tipicamente privatista do processo penal, no qual adquire enorme relevo a negociação entre as partes (*plea barganing*), como adiante se verá. A verdade material serve apenas como ponto de referência, como arma de negociação e não como objectivo para a resolução do caso. Este modelo é aplicável a qualquer tipo de crime e não apenas às bagatelas penais. No pólo oposto situam-se os sistemas, designadamente o francês, o belga e parcialmente o português, avessos a qualquer negociação ou solução de consenso com o arguido. O processo penal não é das partes, é público. Ora, diferente destes modelos é o existente na Holanda, integrável no paradigma da oportunidade, mas que reportando-se expressamente às ideias de pragmatismo e de utilitarismo, visa combater a pequena criminalidade através de soluções de simplificação, de oportunidade e de consenso. As ideias-força deste modelo são a desjudicialização e a diversão como alternativas ao processo penal comum, tido como pesado, moroso e excessivamente estigmatizante no âmbito da pequena criminalidade. Neste modelo conjugam-se preocupações de ordem utilitarista com outras de cariz humanista.

Na Alemanha, em 1924, foi conferida ao Ministério Público a possibilidade de arquivar o processo, mediante a verificação de certos requisitos. Em Itália, com o CPP de 1988, foram introduzidos vários processos especiais, com soluções de simplificação e também de consenso. Em Espanha, deu-se alguma abertura ao consenso, embora de forma dissimulada, no processo abreviado para crimes de menor gravidade, ao ser

[131] A presente síntese segue a exposição de Eduardo Maia Costa (2001).

prevista a possibilidade de a acusação e a defesa pedirem ao juiz "sentença de conformidade" com a acusação. A Áustria estabeleceu no Código Penal, como princípio, a irrelevância penal das bagatelas, ou seja, deu consagração, de certo modo, ao princípio da ofensividade, de acordo com o qual a pena é desnecessária sempre que o dano causado seja inexistente ou insignificante.

Nos EUA, o princípio da oportunidade e o enorme poder do Ministério Público são assumidos e legalmente consagrados - 80% a 95% dos casos são resolvidos através de *plea barganing*, ou seja, de negociação entre o infractor e o representante do Ministério Público sobre o objecto da acusação. É um procedimento desvinculado dos valores da verdade e da justiça, que visa apenas obter metas de produtividade e de sucesso para o Ministério Público e para a polícia, sendo o arguido mero instrumento dessas finalidades. É nesta simples actuação que se baseia grande parte da aplicação da justiça penal nos EUA. Tudo se estrutura numa confissão e numa simulação. Este é um sistema altamente descentralizado e diversificado, desde os juízes de paz até ao simples polícia. A instância formal que mais contacto tem com a experiência real quotidiana é, consequentemente, a polícia. Para abordar a diversão ao nível do Ministério Público, há que analisar a figura do *prosecutor*. Este, dentro do ordenamento jurídico dos EUA, desempenha um papel de grande relevo que se reflecte nos seus vastos poderes[132].

No Canadá, o papel da polícia é também extremamente importante, concretamente nas pequenas infracções cometidas por jovens, quer na prática dissuasória, quer na admoestação. Esta prática é enquadrada no âmbito de programas de diversão, financiados pelo governo, cujo melhor exemplo no Canadá é *o Community Kit for the Development of an Adult Diversion Program*. Também nos EUA se verifica esta tendência. Quer *a American Arbitration Association*, quer o *Institute for Mediation and Conflict Resolution*, subsidiam projectos centrados na diversão, na fase em que o conflito se cruza directamente com a instância formal da polícia. Este modo de desjudicialização, apelidada de diversão espontânea, não é um fenómeno exclusivo dos

[132] O *prosecutor* só dá seguimento ao processo quando se convence, perante as provas disponíveis, de que há uma razoável probabilidade de persuadir um potencial defensor e de manter essa posição em recurso. A colaboração ou anuência do infractor na descoberta da verdade e na prevenção de futuros crimes é caracterizada ou tratada como uma incidência pré-judicial que passa, as mais das vezes, pela *plea negotiation*. Antes da *conviction* tem que se processar o fenómeno da *diversion,* que significa, nos EUA, a

países americanos. A eficácia ou ineficácia desta medida, depende em larga escala da imagem que a comunidade tem da polícia.

2.2. A mediação penal: experiência comparada e técnicas

2.2.1. A experiência comparada

A mediação está na moda - nos últimos anos assistiu-se a uma inflação de mediações, designadamente em matéria social. A mediação é um processo, em princípio totalmente estranho a qualquer tipo de autoridade, baseia-se num ideal de gestão do conflito pelos seus actores e supõe uma intervenção mínima de todas as pessoas exteriores. O negociador está presente para garantir o perfeito desenrolar das negociações.

Em Inglaterra**,** em 1984, foi criado o *Mediation U.K.*, inspirado em experiências de mediação dos EUA, Canadá e Austrália desde o final dos anos 70. Também a Declaração das Nações Unidas, adoptada em 1985 pela Resolução 40/34, aconselhava o recurso a formas informais de resolução de litígios, tais como a mediação. Em 1985 foi criado em Northampton, Inglaterra, um *Adult Reparation Bureau*, com o fim de avaliar se em cada caso estavam reunidos requisitos como o tipo de delito, indícios de culpabilidade, confissão do acusado, interesse da vítima na mediação e inexistência de interesse público na prossecução penal. O balanço desta experiência demonstra que 25% das vítimas que passaram por um processo de mediação ficaram insatisfeitas com a mediação ou com a solução encontrada e 62% dizem ter ficado completamente satisfeitas. Cerca de 90% das vítimas e dos acusados consideram que foram tratados com justiça e correcção. Para a quase totalidade dos participantes evitaram-se, assim, os traumas que o sistema penal tradicional provocaria (Almeida, 2000: 56-58).

Em 1990 surge o *Leeds Reparation Project*, que intervém em qualquer fase do processo, designadamente antes da sentença. Ao contrário da experiência de

paragem ou a suspensão do processo antes da *conviction*, condicionado a determinados comportamentos

Northampton em que a mediação visava resolver casos de diminuta gravidade, o sistema de Leeds debruçava-se sobre casos de certa gravidade, em que o arguido corria sérios riscos de ser condenado a pena de prisão efectiva e até era reincidente. O *Serviço de Mediação de Leeds* ocupa-se hoje com todo o tipo de crimes. É exigido um documento escrito no qual o arguido se declara culpado e em que manifesta a sua concordância com a tentativa de solucionar o problema por mediação, sendo esta orientada por voluntários, pagos à hora, sem preparação prévia especial, apenas submetidos a um treino pelo *Serviço de Mediação*. Cerca de 82% dos participantes declararam-se satisfeitos com o sistema. Só 10% referiram que o acordo não foi satisfatório, visto serem da opinião que o arguido deveria ter cumprido pena de prisão. Em outras cidades inglesas funcionam serviços de mediação, podendo apresentar aspectos distintos, como o tipo de ofensas admitidas, a fase do processo em que a mediação intervém, etc.

Na Bélgica, a mediação penal foi introduzida para responder à pequena criminalidade. Os dados de uma experiência muito positiva desenvolvida em Gand, em 1994, revelam que a maioria dos casos se resolveu através de uma indemnização estabelecida por meio de acordo entre vítima e agente do facto, tendo cerca de 23% das vítimas declarado estar satisfeitas tão-só com o pedido de desculpas apresentado pelo autor da infracção. O efeito principal da mediação penal é pôr fim à acção pública. No sistema belga o delinquente que comparece perante o Procurador do Rei no âmbito de um processo de mediação pode ser assistido, mas não pode ser representado por um advogado. Já a vítima pode ser assistida ou representada quando é convocada pelo magistrado do Ministério Público. Na Bélgica, foram recrutados 40 assistentes de mediação para cobrir as necessidades de aplicação da lei sobre mediação em todo o território. O legislador reconheceu a importância de um coordenador com formação específica para a mediação penal ao nível dos tribunais de 2ª instância. Foram então colocados 10 conselheiros em mediação, que prestam assistência ao Procurador-Geral na elaboração de uma política criminal de mediação penal. O conselheiro de mediação auxilia os assistentes de mediação nas questões levantadas pela sua missão. Paralelamente à mediação, o legislador pensou em outras medidas que, se aceites pelo autor da infracção, têm também o efeito de pôr fim à acção pública. Tais medidas são o

por parte do arguido.

acompanhamento médico ou terapêutico, o trabalho de interesse geral e a formação, podendo ser postas em prática em simultâneo. Em nenhum destes casos a vítima está associada ao procedimento, visto essas medidas se dirigidas apenas ao agente do facto - daí serem conhecidas como formas específicas de transacção e não como mediação.

O procedimento da mediação penal belga não corresponde a um modelo ideal de mediação (Mincke, 2001). Isto por duas razões: permite ao Ministério Público propor a extinção da acção pública sob condições particulares, bem como conduzir a negociação entre o autor da infracção e a vítima. O primeiro reparo a fazer é que não existem mediadores neutros. As partes podem sempre duvidar da imparcialidade do Ministério Público, chamado a iniciar e a controlar o processo e que é parte no litígio penal e símbolo da repressão. No caso de insucesso da mediação, verificada pelo Ministério Público, pode ter lugar uma jurisdição por este apelidada de mediação. Outra particularidade do sistema belga, em contradição com a própria essência da mediação, é a possível ausência da vítima. Em terceiro lugar, os únicos aspectos que podem ser regulados pelas partes são civis.

A mediação tem sobretudo sido aplicada para a pequena criminalidade, havendo, contudo, em Inglaterra, exemplos de recurso à mediação, com sucesso, para crimes violentos. Em geral, a mediação actua após a declaração de culpabilidade, mas conhecem-se casos em que intervém antes, desde que haja indícios suficientes. Se actuar depois, o momento adequado será o que antecede a realização do julgamento, desde que já haja acusação[133].

Em França, foi introduzida a mediação penal em 1986, com o *Instituto às Vítimas e Mediação*, que criou as estruturas indispensáveis à implementação da mediação. Em 1993 foi consagrada legalmente a mediação como uma resposta judicial à pequena delinquência[134]. Desde 1991 o sistema funciona, de forma experimental, em 70 tribunais. Ainda não decorreu tempo suficiente para avaliar os resultados da mediação

[133] Carlota Pizarro de Almeida (2000: 59) entende que antes da acusação não será correcto que vítima e arguido discutam a reparação adequada, "mesmo que o arguido confesse a prática do crime". A autora é da opinião que as vantagens da mediação serão mais aproveitadas se for realizada antes do julgamento, que pode nem vir a realizar-se.

[134] No entanto, em França, desde 1983 que experiências de mediação penal estão sob iniciativa de alguns procuradores – é o caso de Grenoble (Ruellan, 1999: 14).

em França, mas pode desde já referir-se uma maior celeridade na resolução dos processos.

A Lei n.º 93-2, de 4 de Janeiro de 1993, institucionalizou a mediação no Código de Processo Penal Francês. Não é um substituto, mas uma alternativa ao prosseguimento do processo penal. Os seus objectivos consistem em atribuir ao autor do facto e à vítima o seu verdadeiro lugar no seio do processo penal, em organizar o seu encontro, responsabilizar o autor e tentar prevenir reincidências e reparar de imediato o dano, tentando a reconciliação das partes através de acordo prévio.

Após a sua criação, a mediação penal encontrou o verdadeiro lugar na instituição judiciária. Assim, ao longo de 1997, as *Maisons de Justice* junto do tribunal de Lyon procederam a 3.845 mediações enquanto que durante o mesmo período os tribunais correccionais e de polícia pronunciaram 17.020 julgamentos (Ruellan, 1999). A nível nacional, os procedimentos alternativos representam 5,5% dos processos com autor conhecido. Neste conjunto, a mediação constitui 43% do total das medidas alternativas, o que permite dar uma resposta pertinente à procura de justiça, a meio caminho entre o arquivamento e o reenvio ao tribunal, e demonstra o sucesso destes procedimentos. Foi sobretudo através das *Maisons de Justice* que se desenvolveram as práticas de mediação penal, inscrevendo-se estas numa estratégia global de acção pública definida pelo Ministério Público em ligação com a política da cidade, o tratamento em tempo real, sob controlo da autoridade judiciária.

As primeiras experiências de mediação penal, em Paris, começaram em 1984-85, tendo sido confiadas à equipa de mediadores do *Centre de Médiation et de Formation à la Médiation* (CMFM) (Morineau, 2000: 169). A fase experimental ficou a dever-se a um protocolo assinado em 1991 com o Procurador da República. A partir de então, o ritmo tornou-se regular e mais intensivo. Os casos de violência envolvem, em geral, pessoas que se conhecem – vizinhos, família, colegas de trabalho – e exigem que os seus conflitos tenham um tratamento e solução amigável, mais do que um julgamento, que poderia exacerbar as relações entre as partes. Em 1991, uma outra associação, designada *Association d´Aide Pénale* (AAPE), foi habilitada e a experiência estendeu-se a secções que recebem queixas de roubos e conflitos referentes a menores.

Em 1996, foi publicado o Decreto n.º 96-30, que modificou o Código de Processo Penal francês quanto à mediação penal, precisando as suas modalidades. No final de 1999, a CMFM passou a organizar reparações para os menores, no espírito da mediação praticada. Em 1998, foram recebidos 352 *dossiers*, 50% dos quais não chegaram à mediação, isto porque para haver mediação é essencial que os dois protagonistas sejam postos em contacto – quando um deles não se apresenta, a mediação é impossível. Dos casos que chegam à mediação, a taxa de sucesso é muito elevada, atinge os 80%. Os restantes 20% referem-se às situações em que a decisão jurídica ou a queixa são mantidas. Isto não significa que um trabalho de transformação e de acalmia na relação não se pudesse fazer em alguns casos, sobretudo quando o prejuízo material é importante, a vítima não pode retirar a sua queixa por razões de segurança ou para garantir os seus direitos no futuro. É a intensidade das relações afectivas e a urgência da situação que determinam a percentagem de participação na mediação (Morineau, 2000: 170).

Claude Beau, juíza do Tribunal de Menores de Estrasburgo, trabalhou durante anos num bairro com vulnerabilidades sociais. Próxima da população, pôde, assim, desenvolver, na prática, processos de mediação (Beau, 2000: 173). Quando, em 1980, foi nomeada juíza do Tribunal de Menores daquela região, constatou que havia uma ruptura entre as instituições judiciárias, as policiais e os habitantes. Apercebeu-se que era premente adaptar os modos de funcionamento da justiça àquele bairro particularmente difícil, tentando fazer recuar a violência do não-direito e substituir as relações de força por relações de direito. Naquele bairro de 17.000 habitantes (50% da população activa vivia sobretudo de apoios múltiplos, 30% eram jovens com menos de 20 anos, coexistiam 25 etnias diferentes), havia cerca de uma centena de trabalhadores sociais. Uma quarta parte do orçamento da cidade de Estrasburgo era encaminhada para este problemático bairro.

A juíza encontrou resistências, até hostilidade. Os trabalhadores sociais não esconderam o seu desagrado a esta presença judiciária, não viram com bons olhos o facto de deixarem de deter o monopólio da transmissão de informação. O facto de o funcionamento tradicional ser posto em causa, incomodava. A jurisdição local deixou também transparecer a sua hostilidade relativamente a este projecto, que via como uma

desmistificação do papel do juiz. Já por parte dos habitantes do bairro, o trabalho foi bem aceite, tinham expectativas fortes em relação à justiça. Em suma, os parceiros administrativos e políticos mostravam-se reservados, esperando pelos resultados concretos do projecto para se pronunciarem então. Mas cedo os trabalhadores sociais constataram que a presença da juíza era benéfica, pois, em virtude de se mostrar mais acessível, a justiça aligeirava o seu trabalho, podendo recorrer de imediato à juíza, no caso de surgir qualquer tensão. Globalmente, notou-se uma diminuição de 30% da delinquência juvenil e uma verdadeira mobilização dos habitantes para as questões do acesso ao direito e à regulação dos conflitos do bairro. A partir desta mobilização das famílias, foi criada a associação *SOS Neuhof-Aide aux habitants*. Uma das suas missões é a resolução dos conflitos através da mediação. As equipas de mediação são compostas por três pessoas: um habitante com reconhecida autoridade moral, um jurista e o profissional responsável pela instrução dos processos. Esta instância conta com 80% de sucesso nas mediações que assegura (Beau, 2000: 176).

Outra experiência de mediação é a de Ulis, Essonne. Nasceu em 1991, da vontade do Presidente da Câmara e do Procurador da República, e amadureceu no âmbito do Conselho Comunitário de prevenção da delinquência (Boubault, 2000: 117). Esta experiência foi apoiada pela *Boutique de Droit* de Lyon, dirigida por Bonafé-Schmitt, responsável pela formação (80% do conteúdo da formação recai sobre aspectos relacionais e 20% sobre noções jurídicas). Do confronto entre a Câmara e o Tribunal nasceu um projecto original: uma equipa de mediação com intervenção em mediação penal e em mediação directa, a chamada mediação de bairro ou social. A maioria dos assuntos tratados decorre da vida do bairro, são problemas de vizinhança – limpeza, ruído, agressividade, etc. Há também casos de ofensas corporais e de conflitos familiares. O procedimento de mediação é gratuito. A Câmara devia contribuir para a manutenção dos mediadores, assim como garantir apoio técnico. Há que encontrar um estatuto jurídico para a mediação, criando, designadamente, uma associação. Os primeiros resultados disponíveis não são negativos: cerca de 25% a 30% de sucesso é um bom resultado. Há que ter presente que a mediação não é uma solução milagrosa, que é apenas uma pedra do edifício, podendo constituir um travão para a desintegração social. Não se pode (ainda) dizer que em França a mediação é um movimento social. O desenvolvimento da mediação de bairro exige uma evolução da equipa de mediadores

em direcção a uma maior diversidade sociológica, supõe uma implicação directa dos habitantes na gestão da sua vida, do ambiente que os rodeia e dos seus conflitos e requer uma tomada de consciência da responsabilidade do cidadão na gestão dos assuntos da sua cidade (Boubault, 2000: 120-121).

As formas e os modelos de mediação, nos diversos países, são directamente influenciados pelos sistemas de regulação social. O sistema francês baseia-se em instrumentos de regulação centralizados, funciona de acordo com um modelo hierárquico, apela a uma concepção do direito muito regulamentadora, enquanto o sistema americano é mais descentralizado e contratual. Pode dizer-se que os franceses têm o culto da lei e os americanos o culto da negociação. Outra diferença é que o Conselho Constitucional francês recusa adoptar a "transacção penal", enquanto este procedimento desempenha um importante papel nos EUA através da *plea bargaining*. Os dois países distingem-se também por diferentes modelos de integração social, que se reflectem nas formas de mediação. Em França, a integração terá uma raiz individual, de cidadania, enquanto nos EUA terá uma base mais colectiva. Tais diferenças explicam porque se fala de *community mediation* nos EUA e de mediação social ou de bairro em França (Bonafé-Schmitt, 1999: 18-19) [135].

Bonafé-Schmitt (1999: 15-80) analisou a actividade de duas estruturas de mediação penal e de dois grupos de mediadores sociais (*Aide Information des Victimes* – AIV*, Victimes-assistance-médiation* – VAM*, Médiateurs Presqu´île de Lyon* – MPL e os *Médiateurs de Saint-Priest* – MSP).

Os projectos de mediação penal, desenvolvidos em França pelo movimento de apoio às vítimas e de controlo judiciário em coordenação com o Ministério Público e sustentados pela direcção de assuntos criminais do Ministério da Justiça, eram postos em prática por magistrados, recebendo os dossiers de mediação de magistrados. Ao longo dos anos, sob o impulso do Instituto Nacional de Apoio às Vítimas e da Mediação (INAVEM), do Comité das Associações Sócio-Educativas de Controlo Judiciário (CLCJ) e sobretudo do Ministério da Justiça, o movimento de mediação penal cresceu rapidamente – de 75 jurisdições que praticavam mediação penal em 1993, passou-se

[135] Nos países anglo-saxónicos fala-se de *community mediation* para designar o que em França se entende ser mediação social ou de bairro e de *victim-offender mediation* para se referirem à mediação penal.

para 174 em 1997. A análise de tais dados deve ser feita com prudência, porque aos assuntos tratados pelas associações de mediação têm de ser somados os realizados pelas 34 M*aisons de la Justice et du Droit* e pelas *Antennes de Justice* (Bonafé-Schmitt, 1999: 21-22).

Entre os diferentes modelos de mediação (mediações penais ou judiciárias, mediações "para- judiciárias", mediações "judiciárias" e mediações de bairro) há uma certa interpenetração. As mediações penais ou judiciárias regem-se por uma lógica gestionária, a instituição judiciária é hoje um contencioso de massa – por tal, novas formas de tratamento de acção pública, como a mediação judiciária, foram postas em prática. Mas não basta apresentar a instauração da mediação penal como uma simples medida de gestão do fluxo de processos, há um outro fenómeno, o da evolução das políticas penais, do modelo da punição para o da reparação.

As mediações "para- judiciárias" são assim designadas por terem sido as primeiras experiências de mediação penal, postas em prática, a maioria das vezes, por iniciativa de magistrados do Ministério Público. O quadro destas primeiras experiências foi o das associações de apoio às vítimas ou de controle judiciário. Trata-se pois de mediação delegada, visto este poder ter sido conferido pelo Ministério Público a associações parajudiciárias[136].

As mediações "judiciárias", fiéis a uma lógica de "tratamento social", são as que o Ministério Público, no final dos anos 80, utilizou para dar resposta aos assuntos que tinha pendentes, criando os seus próprios serviços de mediação. É mediação "retida", isto porque o Ministério Público pôs em prática os seus próprios serviços de mediação, quer sob a forma de M*aisons de Justice* quer de *Antennes de Justice*. Estas novas políticas judiciárias suscitaram resistências no mundo judiciário, por se entender que ofuscavam a identidade profissional dos magistrados.

As mediações de bairro são orientadas por uma lógica de integração e de reapropriação, sendo os seus fins diferentes dos da mediação penal. Visam criar novos

[136] Das primeiras experiências, as mais representativas foram as de Apoio e Informação às Vítimas (AIV), em Grenoble, as da Associação de Coordenação para a Reinserção de Detidos (ACCORD), a Prevenção e Ajuda às Vítimas, em Estrasburgo, a Associação de Apoio às Vítimas de Infracções (AAVI), em Besançon e Limoges e, por último, a Associação de Readaptação Social e de Controlo Judiciário (ARESCJ), em Bordeaux (Bonafé-Schmitt, 1999: 26-27).

modos de regulação nos bairros, apelando à participação dos habitantes na regulação de conflitos. Com estas experiências não se pretende criar uma justiça paralela, mas locais de socialização. Nesta perspectiva, a mediação deve ser analisada como um meio que permite restabelecer a comunicação entre as partes em conflito e contribuir assim para melhorar as relações sociais nos bairros. As mediações de bairro parajudiciárias, através de uma lógica de integração social, geraram um modelo conjunto de gestão dos conflitos nos bairros, associando os municípios e o Ministério Público na luta contra o sentimento de insegurança. Estas experiências têm a particularidade de ser postas em prática de modo conjunto por estes dois intervenientes e de apelarem a habitantes para desempenharem o papel de mediadores[137]. Tais experiências de mediação resultam de projectos geralmente desenvolvidos em comum pelo Conselho de Prevenção da Delinquência e pelo Ministério Público, não devendo ser confundidos com os projectos dos conciliadores de justiça - ao contrário dos mediadores, os conciliadores são nomeados pelas autoridades judiciárias, devem justificar os seus conhecimentos jurídicos e exercer as suas funções individualmente. Os mediadores são cidadãos com formação de mediação e recebem os *dossiers* tanto do Ministério Público, como do município e de organismos diversos, como a polícia. Os mediadores de bairro são com frequência confundidos com os conciliadores de justiça[138].

[137] O projecto de mediação do Comité de Conciliação de Valence, posto em prática em 1985, é representativo desta mediação de bairro parajudiciária, pois resulta da iniciativa de dois magistrados, do Procurador da República e do presidente do tribunal, e apela à participação dos habitantes. Este projecto distingue-se de outros pela vontade dos dois magistrados em enraizar a experiência no bairro, na esperança de os seus habitantes recorrerem à instância de mediação de forma imediata. É um exemplo excelente da lógica de integração social, visto o seu objectivo ser o restabelecimento da paz social. Os magistrados deste projecto apoiaram-se nas estruturas do Conselho de Prevenção da Delinquência (CCPD), para mobilizarem as instituições intervenientes nos bairros nos quais foi posta em prática a experiência. No critério de escolha dos mediadores, recrutados entre os habitantes, há uma manifestação da lógica de integração social. A vontade de não profissionalização não significa que os mediadores são "abandonados", pois existe um estreito laço entre a instância de mediação e a instituição judiciária, uma vez que os mediadores recebem os *dossiers* do Ministério Público e os magistrados exercem uma supervisão, para não dizer um controlo, sobre os resultados da mediação. Este tipo de projecto de mediação tem um desenvolvimento limitado – 10 anos após o início da actividade do projecto de Valence, existe ainda em muito poucas comunidades (Bonafé-Schmitt, 1999: 31-32).

[138] As mediações de bairro ou comunitárias têm subjacente uma lógica de reapropriação graças à qual, paralelamente a estas iniciativas estatais, se desenvolveram, nos países industrializados, experiências alternativas à justiça, ligadas ao movimento associativo. Estes movimentos vêem no desenvolvimento de alternativas à justiça um modo de promover um novo modelo de justiça, menos conflitual e mais consensual, e um modo de permitir à comunidade que se reaproprie da gestão dos conflitos com a intervenção de não profissionais. É em Lyon que se encontra o primeiro projecto de mediação de bairro que associa, num bairro, os juristas e os habitantes que aí residem ou trabalham e que são formados para este tipo de intervenção. O êxito destes projectos passa pelo reconhecimento de legitimidade, por parte

Uma outra experiência de mediação, iniciada em 1991, em Rennes, tem sucesso: a dos "correspondentes de noite", que trabalham sobretudo à noite e a sua missão consiste em analisar as disfunções que constatam, mediando pequenos conflitos da vida quotidiana[139].

As mediações de bairro, em França, não conheceram o mesmo desenvolvimento que os projectos de mediação comunitária nos EUA: em França são cerca de 15, nos EUA, mais de 500 (Bonafé-Schmitt, 1999: 33). A mediação desenvolveu-se, durante anos, à margem de qualquer regulamentação, sendo as intervenções dos mediadores determinadas por convenções ou códigos de deontologia elaborados pelos implicados nos processos de mediação – as primeiras leis foram promulgadas em 1993 em matéria penal, e em 1995 no âmbito civil. Porém, a lei apenas se refere à mediação judiciária, não prevendo as mediações extrajudiciárias. Em França, o campo de acção da mediação não é fixado pela lei. Apenas os debates parlamentares e as declarações do Ministro da Justiça referem que a mediação se pode aplicar a um conflito decorrente de uma infracção de pequena gravidade, sobretudo aos conflitos familiares, de vizinhança, a casos de violência recíproca, de furtos. A indeterminação dos assuntos que podem ser objecto de mediação explica-se pela natureza experimental dos primeiros projectos de mediação e pela vontade do Ministério Público em controlar o processo.

A mediação é um processo de interacção entre as partes em conflito mas também entre os mediadores, pois estes são os actores directos. Há ainda os actores indirectos, ou seja, as instituições mandatárias como o Ministério Público e o município. O Ministério Público pode, a todo o momento, retirar um assunto enviado à mediação ou prolongar os prazos solicitados pelo mediador, o que demonstra o papel

dos habitantes, o que requer uma boa inserção no bairro. A formação de mediadores de bairro permite transformar as estruturas de mediação em local não só de mediação, mas também de socialização, favorecendo a regulação de conflitos e o despontar de novas solidariedades, a partir da intervenção na regulação de litígios. Por esta razão são os mediadores escolhidos tendo em conta o conjunto das nacionalidades e das etnias presentes no bairro.

[139] Ao contrário dos agentes de prevenção e de mediação social, os "correspondentes de noite" não usam uniforme, pois são conhecidos no meio. São recrutados nos bairros em que habitam, sendo os critérios de selecção a maturidade, além do conhecimento do bairro e dos jovens. Defende-se, contudo, a necessidade de receberem formação. Este projecto é animado por uma lógica de pacificação das relações sociais, utilizando de forma instrumental as técnicas de mediação para realizar os seus objectivos.

desempenhado pelo magistrado no processo de mediação[140]. Em paralelo com os mediadores, as partes em conflito são os principais actores da mediação, sendo necessário ter em conta as diferenças de estatuto e de poder entre elas. Nem sempre as instâncias dispõem de dados acerca do perfil socioprofissional das partes, mas pode dizer-se que as partes são sobretudo pessoas físicas, havendo, em certas associações, cerca de 15% de pessoas colectivas. Esta baixa percentagem demonstra que o Ministério Público reserva a mediação para a resolução de conflitos interpessoais. Quanto ao sexo das partes, constata-se que são maioritariamente homens que recorrem à mediação penal – 80, 9% em Grenoble. Já na mediação de bairro, os homens representam 50% dos queixosos. A idade das partes demonstra que a faixa etária que mais recorre à mediação penal é a dos 15 aos 35 anos – cerca de 73,4% do total. Os dados são diferentes, na mediação de bairro, uma vez que as pessoas com menos de 30 anos representam apenas 17,7%. A maioria das partes é de nacionalidade francesa, em ambos os tipos de mediação. A análise do local de residência das partes demonstra que, em cerca de 52,6% dos casos, as partes residem na mesma cidade, o que está em conformidade com o espírito do projecto de mediação (Bonafé-Schmitt, 1999: 58-59).

Feita a comparação, em termos quantitativos, do número de assuntos tratados em mediação e o dos tratados pelas instituições judiciárias, é notório que a mediação penal e sobretudo a social são fenómenos marginais. Os mediadores de cidades como Grenoble e Limoges tratam apenas cerca de 200 assuntos por ano. Uma análise mais fina demonstra que o contencioso abordado pela mediação penal e pela social é

[140] O processo de mediação é confidencial, pedindo alguns mediadores às partes para assinarem um "acordo para participar na mediação" onde se estabelece que a regra da confidencialidade da mediação implica que qualquer documento decorrente das negociações não poderá ser reproduzido perante um tribunal ou em qualquer outro âmbito. Os mediadores não poderão testemunhar em tribunal, excepto nos domínios em que a legislação existente permita levantar o segredo profissional. A noção de confidencialidade do processo de mediação estende-se também à questão da crítica feita pelo mediador – o conciliador ou o mediador devem informar o juiz se as partes chegaram ou não a um acordo. Esta questão de prestar contas põe-se sobretudo em matéria penal - o Ministério Público, no caso de fracasso da mediação, pede aos mediadores ajuda, para tomar uma decisão, seja no sentido de arquivar ou de prosseguir o processo. O local em que se desenrolam as sessões de mediação deve ser neutro, garantindo a confidencialidade das discussões. A neutralidade do local leva a desde logo eliminar o domicílio de qualquer das partes, bem como locais muito marcados institucionalmente como Palácios da Justiça, Câmaras, centros sociais, entre outros. Para a mediação de bairro, o problema da neutralidade põe-se em termos diferentes: trata-se de conciliar a noção de proximidade com a de neutralidade. É fundamental que a implantação da estrutura de mediação se situe no bairro, mas num local que não prejudique a sua imagem de neutralidade. Também a escolha do mobiliário deve merecer uma atenção particular, devendo haver uma mesa redonda, para facilitar a mediação.

diferente: em matéria penal a análise dos *dossiers* mostra que as infracções relativas a atentados às pessoas representam, em Grenoble, cerca de 50,4% dos casos, sendo, designadamente, ofensas corporais; em segundo lugar, surgem danos materiais; os demais assuntos decorrem de infracções de ordem económica - cerca de 2,9%. Infracções à ordem pública e à circulação constituem os restantes assuntos apreciados em sede de mediação. Na mediação de bairro os conflitos tratados são sobretudo problemas de vizinhança, ligados ao ruído, a questões que se prendem com a propriedade e de relações entre as pessoas – 56,4% (Bonafé-Schmitt, 1999: 61-62).

Em mediação penal é uma "legitimidade delegada" que fundamenta a acção dos mediadores, visto estes actuarem com base na lei de 1993, que confere ao Ministério Público a possibilidade de encaminhar o processo para a mediação[141].

Em 1995, Gema Varona (1996: 117-118) deslocou-se à *Officina de Atención a la Víctima* (OAV) de Valência, em Espanha, a funcionar desde 1985, que constitui um modelo para as demais. Surgiu na sequência das resoluções da ONU e do Conselho da Europa e depende da Direcção Geral de Justiça do Governo daquela Comunidade Autónoma. É concebida como um serviço público, contando com dois advogados, dois assistentes sociais e uma secretária. Por vezes realizam aí o seu estágio estudantes de serviço social. É de lamentar a ausência de um psicólogo. Estes profissionais, que são notoriamente poucos, prestam distintos serviços de assistência às vítimas e estabelecem contactos com as forças policiais e os tribunais.

O projecto de mediação com adultos começou após posposta de um juiz de instrução de Valência, inspirado no projecto de mediação para reparação belga, desenvolvido por Tony Peters.

Nos casos a submeter a mediação, o autor tem de ser um delinquente primário e reconhecer os factos de que é acusado. Após a verificação destes pressupostos, o juiz procede a uma avaliação informal, comunica à OAV os dados da vítima, do suspeito e uma cópia do relatório preliminar da polícia. O mediador procede então a entrevistas com as partes. O suspeito recebe uma carta do tribunal referindo que o assunto foi encaminhado para a OAV e que um acordo com a vítima será uma alternativa a uma

eventual sanção penal, sendo sumariamente explicado o que é a OAV. O mediador inteira-se de quais os interesses da vítima, económicos e morais, assim como do que o agente da infracção tem para oferecer. Celebra-se, então, um acordo entre autor e vítima para o qual pode ser necessária a aprovação do Ministério Público e do advogado. De todos os acordos é dado conhecimento ao tribunal, que tem legitimidade para estabelecer medidas que reforcem o disposto no acordo. A OAV pode ser incumbida de controlar o seu cumprimento e de periodicamente elaborar relatórios. No caso de a mediação falhar, o tribunal é informado de que não se chegou a um acordo, não sendo especificadas as razões. A primeira avaliação do projecto, de Janeiro a Junho de 1994 (Varona, 1996: 121-122), demonstra que foram submetidos a mediação aproximadamente 20 casos, sobretudo ofensas corporais de pequena gravidade. Cerca de 70% das vítima eram mulheres, 30% dos casos envolviam casais, casados ou não, e violência doméstica[142].

2.2.2 – Os processos e técnicas de mediação penal: o exemplo Francês

A mediação é apresentada como um processo informal de regulação de conflitos, o que não impede que se assemelhe a um verdadeiro ritual, respeitando certo número de regras como a neutralidade, a confidencialidade, certo formalismo na organização dos encontros que marcam as diferentes fases na procura de uma solução. O desenrolar da mediação é um verdadeiro processo social que se constrói a partir de interacções entre as partes em presença. Não há um, mas vários processos de mediação, um dos pontos de diferenciação é o modo de acesso às instâncias de mediação.

No âmbito penal, o processo de mediação começa pela transmissão do assunto à instância de mediação pelo Ministério Público. Cabe ao magistrado do Ministério

[141] Na mediação de bairro há que falar da "legitimidade social" pois a intervenção dos mediadores de bairro recai no reconhecimento dos medidores e na confiança que as partes depositam nesta mediação.

[142] Em 14 casos, para além dos 20, a vítima não ficou satisfeita, pois em 28.57% dos casos pretendia-se restituição económica e em 21.42% o reconhecimento dos factos e uma mudança de comportamento. Duas situações tiveram uma solução espontânea, mesmo antes de qualquer mediação. Apenas em 4 casos o acordo foi cumprido, não o tendo sido em 12 casos. Houve, pois, 20% de casos com sucesso, o que foi positivo, atendendo às dificuldades e à inovação subjacentes ao projecto. Nos períodos seguintes a taxa de sucesso rondou já os 100% (Varona, 1996: 121).

Público recolher o apoio das partes antes de designar um mediador. Na maioria dos casos, porém, o magistrado decide recorrer à mediação sem verdadeiramente se certificar se as partes pretendem recorrer à mediação. Na entrevista preliminar o mediador terá, então, que se aperceber da vontade ou não das partes em se submeterem ao processo de mediação. Geralmente, a mediação desenrola-se de acordo com as modalidades definidas numa convenção entre o Ministério Público e a instância de mediação, enviando contudo o Ministério Público às partes uma carta-tipo na qual dá conta da decisão de recorrer à mediação[143] (Bonafé-Schmitt, 1999).

Após a primeira carta, perante o silêncio, é enviada uma segunda, mais insistente, da qual consta que a outra parte, se continuar a não haver respostas, recorrerá a um eventual processo judicial. Esta persuasão pode chocar os "purista" da mediação. No caso desta segunda tentativa falhar, opta-se pelo contacto telefónico, para apurar as razões da não participação na mediação. As recusas de participar em processos de mediação rondam 40%, o que se explica pelo modo de funcionamento das instâncias de mediação - essa recusa é tanto da parte dos queixosos como dos agentes da infracção. Atendendo à dificuldade para fazer comparecer as partes, o encontro preliminar constitui uma importante fase, visto ser aqui que se estabelecem as relações de confiança entre os mediadores e as partes. Para criar este clima de confiança, os mediadores são convidados a construir um espaço de diálogo propício ao restabelecimento da comunicação. A primeira atitude do mediador é ouvir, pois as vítimas, sobretudo, têm necessidade de ser compreendidas. Para o efeito, quem as ouve deve ser uma pessoa neutra, sujeita ao segredo profissional, que ao mesmo tempo crie a empatia necessária à construção de uma confiança entre as partes, devendo contudo manter certa distância, para que a empatia não seja confundida com uma aliança entre mediador-parte.

[143] Na mediação de bairro, esse processo é diferente pois o objectivo é levar as partes em conflito a procurar as instâncias de mediação de modo prévio. No caso de conflitos de vizinhança ligados ao ruído, por exemplo, uma das partes, antes de apresentar queixa, pode solicitar a intervenção de um mediador. É o que se designa "mediação proposta e aceite". Esta é a principal forma de aceder aos mediadores, na qual uma das partes lhes solicita que marquem uma entrevista com a outra parte, para a informar do processo de mediação e obter o seu acordo para uma resolução amigável. Para estabelecerem contacto com a outra parte, recorrem ao envio de uma carta (o meio mais utilizado), ao contacto telefónico, a diligências directas, que passam pela deslocação a casa da pessoa em causa. Na mediação de bairro as dificuldades consistem em levar a outra parte a comparecer, visto os mediadores não disporem de qualquer poder de coerção (Bonafé-Schmitt, 1999).

A segunda fase da actividade do mediador é, após ouvir as partes, reformular o seu pedido. Trata-se de clarificar as intenções das partes, de precisar a sua posição sobre cada um dos pontos em conflito, de identificar as suas necessidades e prioridades na procura de uma solução para o conflito. Tal actividade não é simples, as partes geralmente são fechadas e a mediação representa para elas uma nova etapa do conflito, devendo os mediadores ter em conta eventuais desejos de vingança ou de represálias de ambas as partes. É nesta sessão que os mediadores pretendem construir um espaço de encontro comunicacional, fixando as regras a observar, como o respeito mútuo, a necessidade de se ouvirem mutuamente.

A conclusão desta fase preliminar é a assinatura de um acordo para participar na mediação, momento fundamental para as partes tomarem consciência da importância do processo de mediação, sendo então relembrado o carácter voluntário da mediação, a sua confidencialidade e neutralidade.

Uma vez o princípio da mediação assimilado, os medidores passam à fase da comunicação entre as partes, visto o processo de mediação se basear numa racionalidade comunicacional, orientada para a intercompreensão. A opção pela mediação directa ou indirecta corresponde à avaliação da situação conflitual pelo mediador, em função da natureza do conflito, da personalidade das partes, do cariz das suas relações. Entre os mediadores penais e de bairro, a mediação directa é a privilegiada, pois o processo de mediação centra-se numa troca de palavras entre as partes em conflito, o que favorece a compreensão mútua, o encontro cara-a-cara permite estabelecer uma comunicação que não existia. As partes têm então ocasião de exprimir os seus pontos de vista, os seus sentimentos, a sua percepção dos problemas. Para permitir este tipo de comunicação, os mediadores devem criar uma nova relação de confiança entre as partes, levando-as a discutir todos os aspectos do conflito, designadamente psicológicos. O trabalho sobre a dimensão emocional do conflito explica, em parte, que os mediadores multipliquem os encontros separadamente com cada uma das partes antes de organizarem o encontro entre elas. Em mediação penal é frequente a vítima dizer claramente que não pretende rever o agente do facto, que apenas pretende a indemnização. Assim, grande parte das mediações penais decorre de forma indirecta (cerca de 52% em Grenoble e 13,7% em Limoges). Mas também a

mediação social apresenta grande volume de mediações indirectas (Bonafé-Schmitt, 1999: 71). Alguns puristas da mediação entendem que a mediação indirecta é uma heresia. Porém, Bonafé-Schmitt é da opinião que a mediação não é apenas uma técnica de gestão dos conflitos mas uma recente forma de acção que anuncia novas formas de coordenação das relações dos actores entre si. Os que defendem apenas a mediação directa, seguem uma racionalidade instrumental, isto é, preocupam-se com um certo tipo de resultado. Se há mediações de tipo instrumental, designadamente no domínio penal, outras há, sobretudo no âmbito social, que apelam a outras formas de racionalidade, mais comunicacionais. O autor entende que a mediação indirecta se pode ligar a este tipo de racionalidade, na medida em que o papel do mediador consiste em mobilizar todas as formas de processo que podem favorecer a comunicação entre as partes.

A mediação é um modo consensual de resolução de conflitos, o que explica que os mediadores criem o quadro processual que permite às partes regularem, elas próprias, os seus diferendos. O processo de mediação assenta numa lógica de "desconstrução-reconstrução", ou seja, implica a passagem de uma fase de "separação" antes da "reconstrução" da relação social. Dando a palavra a cada parte, é possível realizar esta fase de separação que permite cada parte exprimir o seu ponto de vista sobre o conflito. Trata-se, para os mediadores, de fazer ressaltar tanto os pontos de desacordo como os de acordo, não estando em causa reduzir esse desacordo, antes viver com ele. Ao longo da fase de separação, o papel dos mediadores é criar uma distância, abrir espaço para o diálogo, para as trocas de toda a natureza que favorecem a identificação das partes, a análise dos problemas (Bonafé-Schmitt, 1999: 72).

No início da sessão, as partes têm tendência para se dirigirem aos mediadores, que devem fomentar o diálogo directamente, sem qualquer intermediário. O mediador deve estar em condições de gerir as emoções, de neutralizar os sentimentos negativos como a vingança, reduzindo-os ou neutralizando-os. Ao longo da troca de pontos de vista, o mediador deve favorecer, antes de mais, uma lógica de compreensão mútua – deve levar as partes a questionar quais as razões da prática do acto, mais do que a centrarem-se na compensação do prejuízo. Só após esta primeira fase de separação, pode começar a de reconstrução do acordo, da busca de uma solução consensual baseada na intercompreensão. Só através da construção dos espaços de diálogo, que são

os encontros directos entre as partes, pode ocorrer a reconstituição do laço social. O mediador terá, durante esta fase, um papel activo, utilizando todas as técnicas comunicacionais. Em média os mediadores consagram dez horas a cada processo.

A mediação deve ser analisada atendendo, não apenas a critérios quantitativos, mas recorrendo a métodos qualitativos, pois é, antes de mais, um processo comunicacional, difícil de apurar a partir de dados apenas quantitativos. Para avaliar a mediação como modo de gestão de conflitos, há que comparar as taxas de sucesso mas atender também a outros critérios como o grau de satisfação das partes, a taxa de reincidência em matéria penal ou razões económicas, como o custo da mediação. Num plano mais qualitativo, o fracasso do processo de mediação põe certos problemas, designadamente os da sua formalização. A questão é saber se os mediadores devem indicar por escrito as razões do insucesso. A resposta permite a distinção entre "mediação aberta" e "mediação fechada". Para os puristas, esta interrogação não é muito pertinente, visto o princípio da mediação residir na confidencialidade. Em mediação penal aconteceu já, no caso da mediação fracassar, os magistrados solicitarem um relatório ao mediador, não sobre as causas do fracasso da mediação, mas acerca da eventualidade do agente da infracção reincidir.

A última fase consiste na execução do acordo, ou seja, no cumprimento dos compromissos estabelecidos no acordo. Ao contrário do que se passa na acção judicial, o papel do mediador não termina com a assinatura dos acordo, continua até ao seu cumprimento integral (Bonafé-Schmitt, 1999: 76-78).

Num plano normativo, em matéria de produção de regras, não se pode ignorar o papel desempenhado pelas experiências de mediação, pois uma nova ordem social pode ser construída a partir dos acordos negociados. O desenvolvimento da mediação traduz a recomposição do sistema normativo, no sentido de uma maior descentralização mas também de uma participação mais activa dos indivíduos ou de grupos, para a produção de normas.

Na mediação penal é de registar a ausência de garantias similares às existentes no quadro do processo penal. Tudo se passa como se a mediação penal fosse um processo totalmente inocente, conduzido apenas para o bem das partes, não podendo nenhuma delas sair lesada. Quando as bases do processo penal moderno foram

estabelecidas, quando a Convenção Europeia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi adoptada, diversos autores demonstraram desconfiança face aos procedimentos que poderiam ter consequências extremamente graves. É possível renunciar à mediação penal, mas poderá implicar um enorme risco trocar um mau acordo sobre as consequências civis da infracção por duas condenações, uma penal, a outra civil. A mediação é hoje utilizada para infracções particularmente ligeiras. O recurso à mediação para os factos mais graves, como preconizam os conselheiros de mediação, pode aumentar o constrangimento sobre o réu de um crime, pois pode recear-se que este não esteja em posição de recorrer livremente a um Tribunal (Mincke, 2001). A participação na mediação não é tão voluntária como se poderia desejar, daí deverem ser previstas garantias mais alargadas do que as que existem hoje e que se resumem principalmente ao recurso ao Tribunal. Após a mediação ter terminado, o Ministério Público pode exigir do autor da infracção uma transacção penal ou trabalho a favor da comunidade.

2.3. A justiça restaurativa em acção: alguns exemplos para além da mediação penal

O mais recente movimento de transformação dos sistemas de direito penal ocidental – justiça restaurativa – viu a luz do dia, como referimos anteriormente, no início dos anos 70, no Canadá[144]. Exemplos específicos de justiça restaurativa incluem reparação do crime, programas de intervenção junto das vítimas, conferências familiares em grupo, mediação entre as vítimas e o agente do crime, entre outras medidas. O mais vasto exemplo de justiça restaurativa, com mais de 25 anos de experiência na América do Norte e na Europa, é de mediação entre vítimas e agentes de infracções, havendo anualmente milhares de casos, mais de 300 programas nos EUA e mais de 900 na Europa. Programas de justiça restaurativa estão a ser desenvolvidos, nos EUA, em mais de 45 estados, incluindo um crescente número de estados com mudanças sistémicas (Umbreit, 1999). Os princípios da justiça restaurativa inspiram-se em várias culturas indígenas, designadamente na cultura dos nativos norte-americanos e dos aborígenes

canadianos. Investigações já efectuadas concluem que os programas de justiça restaurativa alcançam elevados níveis de satisfação para as vítimas e para os agentes do crime, reduzindo o medo das vítimas e por vezes a reincidência do comportamento criminal.

Diversos tipos de programas de justiça restaurativa estão em curso nos EUA, Europa, África do Sul, Austrália e Nova Zelândia[145]. Os programas de reconciliação entre as vítimas e os delinquentes são os mais difundidos. Consistem em reunir vítimas e delinquentes com um mediador profissional para discutir um conflito e as estratégias de reparação do prejuízo. Os programas de reconciliação permitem às vítimas exprimir a sua cólera num meio controlado e fazer perguntas aos delinquentes. Por seu lado, os delinquentes são postos numa situação em que podem conhecer as consequências dos seus actos, assumindo inteira responsabilidade por estes, sendo postas em prática as medidas restaurativas. Tais programas de reconciliação não podem ser levados a cabo quando, seja a vítima ou o delinquente, não queiram participar, ou quando a identidade do delinquente não é conhecida. Nestes casos, é possível recorrer aos grupos vítimas-delinquentes, nos quais se confrontam vítimas de um certo tipo de crimes e pessoas que cometeram crimes análogos. Apesar da ausência de uma relação directa entre vítimas e delinquentes, os participantes são confrontados com os seus comportamentos e reacções, fazendo-se ver aos delinquentes as consequências dos seus crimes.

O projecto sobre a *justice transformatrice* é o primeiro reflexo do trabalho iniciado pela Comissão de Direito do Canadá sobre as relações sociais[146]. Nem sempre o sistema judiciário canadiano, quer civil, quer criminal, traz a esperada justiça. Os tribunais de jurisdição civil são cada vez mais inacessíveis para a maioria dos cidadãos, pelo que a opinião dos canadianos acerca da justiça é um misto de desencantamento e de alienação. Diversas colectividades autóctones do Canadá recorrem aos círculos de determinação das penas, o que permite às vítimas, aos delinquentes, aos anciãos, aos funcionários judiciais e a demais membros da comunidade discutir, em conjunto, as repercussões que um conflito implica, bem como determinar as formas de o remediar. A

---

[144] Cfr. *Commission du Droit du Canada* (2000).

[145] *Idem.*

[146] *Idem*.

reparação dos prejuízos causados e a reintegração do delinquente na comunidade são tidas como prioritárias. Os membros da comunidade ajudam activamente a vítima e o delinquente no processo de apaziguamento. Os comités de justiça para os jovens funcionam de forma semelhante aos círculos de determinação da pena, e são utilizados para os delinquentes autóctones e não autóctones.

Existem várias formas de restauração, como seja a restituição ou substituição dos bens, reparação material ou económica de danos, atribuição de uma quantia pelos prejuízos causados, indemnização da vítima pelas despesas que realizou. Tais medidas podem assumir um carácter mais simbólico, como trabalho a favor da comunidade, participação do delinquente em sessões de aconselhamento e terapia, isto na tentativa de resolver os problemas que terão desencadeado o delito. As medidas de reparação podem dirigir-se para as vítimas imediatas ou para as secundárias - membros da família ou amigos da vítima – ou para a colectividade a que pertence a vítima ou o delinquente.

O Japão oferece um exemplo moderno da aplicação da justiça restaurativa (Llewellyn e Howse, 2001). Após o primeiro interrogatório pela polícia, até ser decretada a pena, a grande maioria dos acusados tem ocasião para confessar o seu crime, negociar o perdão das vítimas e colocar-se à mercê das autoridades. Em contrapartida, beneficiam de uma clemência notável, designadamente o perdão. Contrariamente ao Ocidente, no Japão, tem-se em conta a atitude do infractor logo que este confessa publicamente o seu crime e demonstra vontade em indemnizar a vítima. Considera-se igualmente a capacidade da vítima em perdoar ao contraventor, antes de decidir se deseja proceder judicialmente ou condenar este último. O sistema japonês de reconhecimento de culpa, através de negociação da restituição directamente com a vítima e através do perdão contribuiu, de facto, para a diminuição da criminalidade.

Em Espanha, tal como em outros países, a crise das prisões começou no dia da sua criação. Em 1993 havia 45.783 presos, ou seja, 120 por cada 100.000 habitantes – era o país da União Europeia com a mais elevada taxa de pena de prisão. Os movimentos de vítimas eram, contudo, quase inexistentes (Varona, 1996: 86). Em Espanha não há, em geral, associações de assistência a vítimas, apenas alguns centros em certas Comunidades Autónomas. Em 1985, a Comunidade Autónoma de Valência criou o primeiro Gabinete de Assistência a Vítimas de Crimes, na dependência do

departamento de justiça e do governo dessa Comunidade. Tal Gabinete foi influenciado pelo sistema alemão e constituiu um modelo para todo o país, tendo sido então criados gabinetes idênticos em diversas cidades. Alguns ensaiaram passos no sentido da chamada justiça restaurativa[147]. Todos os gabinetes foram concebidos como serviço público, o que significa que cabe ao Estado estabelecer os serviços que podem prestar. Foram criados alguns gabinetes específicos, como a denominada Associação de Direitos Humanos do País Basco, vocacionada para os casos de terrorismo e associações que tratam assuntos relativos a minorias, como racismo ou violência doméstica. Nas esquadras de polícia existe um recente serviço de assistência às mulheres maltratadas.

Nas restantes Comunidades de Espanha é também já patente a preocupação pelas vítimas – disso é exemplo a compensação estatal dispensada às vítimas de crimes violentos, desde 1995[148]. Tal compensação é criticada por autores que entendem ser preferível o sistema de reparação pelo agente do crime, em virtude do Estado não poder compensar, por razões económicas, todas as vítimas. Mas o sistema da compensação pelo Estado é preferível nas situações de insolvência do agente, ou quando este é desconhecido - o Estado toma o lugar do agente e paga à vítima, tendo então o autor do facto que pagar ao Estado, mais tarde. A origem teórica do projecto reside no facto de a vítima ser hoje excluída do sistema de justiça criminal. Alguns criminologistas, e sobretudo defensores dos direitos das vítimas, propõem a mediação como uma forma de resolver conflitos entre a vítima, o agente do facto e a sociedade, através de um pacto voluntário que permite a reparação do mal causado à vítima e a ressocialização do autor. Vêem a mediação como uma verdadeira alternativa ou como um complemento do sistema penal. Propõem a introdução do princípio da oportunidade para os crimes

[147] Antonio Beristain, Director do Instituto Basco de Criminologia, propõe que se fale em "justiça recreativa", em vez de justiça reparadora ou restauradora, e também em "direito penal restaurador". Beristain entende que *"within recreative justice, crime is considered as an omissive and disapproved behavior of the offender and, partly, also of current societies"* (*in* Varona, 1996: 88).

[148] O mesmo se passa entre nós, desde o Decreto-Lei n.º 423/91, de 30 de Outubro (regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 4/93, de 22 de Fevereiro e alterado pela Lei n.º 10/96, de 23 de Março), relativo ao Regime Jurídico de Protecção às Vítimas de Crimes Violentos. Em Portugal existe também, desde 1990, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), que presta apoio jurídico e psicológico a vítimas de crimes e estabelece a ligação com a comunidade, os tribunais, o Ministério Público, as polícias e as autarquias, em áreas como a medicina, a advocacia, a Igreja, o jornalismo, etc. A APAV dispõe de gabinetes de atendimento em várias cidades do país. O número de vítimas atendidas por estes gabinetes aumentou de 443 em 1992, para 1.238, em 1995 (Almeida, 2000: 48 e 102). O Ministério da

menores, não estando em causa, com isto, a "desformalização" do sistema penal. O princípio da legalidade mantém o predomínio, mas algumas concessões têm de ser feitas ao princípio da oportunidade.

A mediação é mais eficiente que uma decisão judicial, implica menos custos e os juízes envolvidos entendem que os programas de mediação promovem o espírito da lei. Investigações concluem que os programas de justiça restaurativa alcançam elevados níveis de satisfação para as vítimas e para os agentes do crime, reduzindo o medo das vítimas e por vezes a reincidência do comportamento criminal.

3. A descriminalização e os primeiros passos de diversão (ou desjudicialização) em Portugal

3.1. A descriminalização e os espaços de consenso na lei penal

O Código Penal de 1982 e o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que instituiu o regime jurídico do ilícito de mera ordenação social, consolidam os esforços desenvolvidos desde 25/04/1974, no sentido de adequar a legislação penal à democratização da sociedade portuguesa. Essa legislação consagra um autêntico programa de descriminalização "refreando, por um lado, a sua intervenção em matérias relativas à conduta sexual, a problemas familiares, à ofensa de puros valores morais e religiosos, ao simples consumo de estupefacientes [tarefa só parcialmente concluída em 2001] (...); recusando em particular, por outro lado, a categoria dos chamados estados de pré ou de paradelinquência, ou marginalidade criminosa – mendicidade, vagabundagem e estados análogos – e não os incriminando enquanto tais; eliminando para o futuro, ainda por outro lado, a categoria de contravenções e substituindo-a pela categoria *não penal* das contra-ordenações nos quadros de um direito de mera ordenação social" (Dias, 1993: 80).

Administração Interna, por seu lado, tem levado a cabo uma acção de sensibilização da polícia para, nas esquadras, apoiar e informar as vítimas dos seus direitos.

As finalidades da justiça penal e a necessidade de combater os seus bloqueis (Pedroso, Santos e Marques, 1996), também passam pelos processos de despenalização, em sentido amplo, ou seja, a conduta deixa de ser regulada pelo direito penal, e de descriminalização (seja simples, pela conversão de crimes públicos em semi-públicos ou pela conversão de crimes em ilícitos de mera ordenação social) em obediência a um paradigma que concebe o direito penal regido pelo princípio da intervenção mínima. A alteração ao Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), embora tivesse intuitos de agravação das penas de alguns crimes mais graves, também pretendeu "valorizar a pena de multa e outras reacções não detentivas na punição da pequena e média-baixa criminalidade, de modo a optimizar vias de reinserção social do delinquente" e "alargar os casos em que o procedimento penal depende de queixa, designadamente nos crimes contra o património" (Lei de autorização n.º 35/94, de 15 de Setembro). Ora, este alargamento dos crimes semi-públicos, a que acrescem os crimes particulares e a nova legislação, do corrente ano, sobre consumo de drogas, constituem um espaço promissor de desenvolvimento de formas de consenso e de mediação penal[149]. Assim, a atribuição de natureza não pública a certos crimes prende-se com a necessidade de queixa, ou mesmo de acusação particular do ofendido, isto por o legislador entender que há interesses particulares da própria vítima que se sobrepõem à necessidade de punir. Ao mesmo tempo abre-se a possibilidade de certas situações conflituosas geradas por alguns crimes (ex. crimes sexuais, incriminações contra a intimidade da vida privada) poderem ser resolvidas pela via do diálogo e do consenso, entre a vítima e o agente do crime, sem intervenção do direito penal.

É, assim, importante o empenho do legislador na consideração dos interesses das vítimas na oportunidade do processo, designadamente em crimes contra o património em geral, convertíveis de crimes públicos para crimes semi-públicos, e certos crimes contra a honra, quando não agravados em razão da qualidade dos ofendidos[150]. Consequentemente, a sua conversão permite a possibilidade de desistência da queixa,

[149] Refira-se a recente constituição das Comissões de Dissuasão da Toxicodependência, de âmbito distrital, que também funcionam como mediadores penais relativamente aos consumidores de droga – Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro e Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril.

[150] Exemplos de crimes públicos são: furto, abuso de confiança, furto de uso de veículos, apropriação em caso de acessão ou de coisa achada, dano, alteração de marcos, burla, infidelidade, abuso do cartão de

mesmo quando o processo já foi iniciado, desde que o crime não tenha natureza pública. Há, ainda, a referir o artigo 207.º do CP, que transforma os crimes acima mencionados em crimes particulares, dependentes de acusação particular do ofendido – trata-se de um outro momento de oportunidade na promoção do processo, no caso de o consentimento ter sido determinado numa relação de proximidade familiar entre agente e vítima.

O espaço de consenso entre o ofendido e a vítima nos crimes semi-públicos e particulares encontra-se exclusivamente "deixado às partes" e, quando muito, ao papel facilitador que os advogados e os magistrados do Ministério Público e Judiciais podem desenvolver, no sentido de promover o seu entendimento através de um acordo extrajudicial e consequente desistência de queixa e sua aceitação ou abstenção de acusação, de modo a extinguir o respectivo procedimento criminal. Ora, um eventual novo alargamento dos crimes semi-públicos na lei penal e a institucionalização de um serviço de mediação penal junto dos tribunais (a iniciar-se a título experimental) poderia permitir que os ofendidos e as vítimas se entendessem, evitando a instrução de um processo crime ou a sua chegada a julgamento. Teríamos uma justiça mais próxima e mais célere para estes litígios e os tribunais judiciais ficariam com mais capacidade para a instrução e julgamento dos crimes mais graves (crimes públicos), designadamente em menos tempo.

Para averiguar se o instituto da mediação teria êxito em Portugal, importa analisar os dados estatísticos relativos ao Inquérito de Vitimação de 1992, realizado pelo Ministério da Justiça. O Inquérito revela as opiniões das vítimas acerca das medidas a aplicar aos autores. De acordo com o Inquérito, apenas 24% dos inquiridos referiram que a pena de prisão deveria ser aplicada aos agentes dos crimes de que foram vítimas; a indemnização apareceu em primeiro lugar (32%). Estes dados permitem concluir que as vítimas não parecem ser particularmente vingativas e estariam abertas a alternativas mais construtivas e menos retributivas. Cerca de 57% das vítimas afirmaram que não rejeitariam de modo liminar a participação em diligências de

garantia ou de crédito – artigos 203.º, n.º 3, 205.º, n.º 3, 208.º, n.º 3, 209.º,n.º 3, 212.º, n.º 3, 216.º, n.º 2, 217.º, n.º 3, 220.º, n.º 2, 224.º, n.º 3 e 225.º, n.º 3.

mediação com os autores, caso lhes fosse oferecida essa possibilidade (Almeida, 2000: 61)[151].

A lei portuguesa tem sido permeável às críticas feitas à excessiva publicização, que nega aos directamente implicados na acção penal a possibilidade de intervirem em algo que lhes diz respeito. As soluções mais participadas, apelando eventualmente à mediação e à composição entre vítima e arguido, são menos estigmatizantes, não potenciando o conflito entre o delinquente e a sociedade. Como já referimos, os crimes particulares e semi-públicos poderia ser um bom campo de desenvolvimento de mediação em Portugal. Entre nós, em algumas áreas, é evidente a diminuição do papel do Estado, da sua intervenção, que passa a ser subsidiária. É notório o esforço da mediação para dirimir conflitos, reduzindo-os ao mínimo que sempre existirá, por ser próprio do ser humano. A tendência é o recuo do Estado, para obedecer aos princípios básicos da democracia e do Estado de Direito. O direito penal perde o seu cariz totalitário, remete-se para uma posição mais pragmática – se o princípio da oportunidade, mediação e afins estão há muito tempo enraizados nos países anglo-saxónicos, será porque aí a promiscuidade entre o direito e a moral é menor. Hoje, o Estado assumiu que numa sociedade haverá sempre crime, e que a sociedade sobrevirá apesar dele. De acordo com Carlota Pizarro de Almeida (2000: 66), o direito penal não está a perder importância, apenas está a mudar de rumo – assiste-se à devolução de poderes aos particulares e ao reforço do princípio da intervenção mínima, mas, em simultâneo, surgem novas incriminações, em áreas até então pouco conhecidas ou inexistentes – crimes informáticos, contra o ambiente, etc.

Orientações de política legislativa geral do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001, incentivam o recurso à mediação e o reconhecimento do direito das vítimas a ser informadas sobre os procedimentos criminais. Portugal, se quiser dar consagração a esta medida terá que, no futuro, promover a mediação penal, o que não efectuou até agora.

[151] De acordo com o Inquérito de Vitimação de 1994, elaborado pelo Ministério da Justiça (Almeida e Alão, 1995), 21% das vítimas eram da opinião que os autores deveriam ser submetidos a pena de prisão; 32% eram favoráveis a indemnização, e praticamente metade das vítimas – 49% – mostrou-se favorável à participação em encontros informais com os agentes dos crimes.

3.2. A diversão, o princípio da oportunidade e a lei processual penal: o discurso do legislador e a prática judiciária

A diversão ou desjudicialização penal é uma das funções da lei processual penal, que só de forma moderada (Dias, 1993: 81) se encontra consagrada no Código de Processo Penal de 1987. Assim, a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, altera o referido Código, reformando a lei processual penal. Entre os vectores da reforma o legislador considerava o seguinte, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII, que veio a ser a referida Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto:

b) "(...) Estruturação de um sistema essencial de coordenadas de distinção entre pequena criminalidade grave, entre soluções de consenso e de conflito, com a correspondente diversidade de tratamento processual;

c) Participação de um programa político-criminal recolhendo soluções de diversão, desjudicialização, participação, oportunidade e consenso, relativamente a crimes de pequena gravidade – casos de suspensão provisória do processo (artigo 281.º), do arquivamento do processo verificados os pressupostos para a dispensa de pena (artigo 280.º), do processo sumaríssimo (artigo 392.º) e homologação pelo Ministério Público da desistência de queixa aceite pelo arguido com o consequente arquivamento do processo (artigo 51.º);

d) Criação de um quadro potenciador de desburocratização, simplificação e desformalização da justiça penal, com reforço da ideia da celeridade, nomeadamente através de um regime restritivo de nulidades e da criação de incidente próprio para aceleração do processo atrasado; (...)".

A retórica do legislador vai no sentido de aprofundar os afloramentos do princípio da oportunidade. No entanto, a possibilidade de arquivamento do processo, de suspensão provisória do processo e de recurso ao processo sumaríssimo, embora de forma mais limitada, já existe desde 1987, embora com resultados desanimadores. Conforme já escrevemos (Santos *et al*., 1996: 304), estas medidas raramente são usadas pelo Ministério Público. Apesar do pioneirismo de alguns magistrados do Ministério Público, constata-se um fenómeno de relutância em usar estas inovações legais, tal como acontece

com os magistrados judiciais, que também não aplicam, como se verá, as chamadas penas alternativas à prisão. Assim, passados mais de dez anos sobre a vigência daqueles novos mecanismos, encontram-se frustrados os intuitos do legislador, devido à sua escassíssima utilização. Admite-se que se as situações nas quais é possível a suspensão ou arquivamento do processo fossem entregues a um serviço de mediação penal, a sua utilização seria muito mais intensa, até por razões de identidade profissional dos mediadores.

Decorridos dois anos sobre a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, há quem considere que o princípio da legalidade aí consagrado é um dos grandes responsáveis pela acumulação de processos e pela morosidade da justiça penal, proclamando-se as virtudes do princípio da oportunidade para pôr fim aos bloqueios (Costa, 2001: 37). É um debate que merece aprofundamento e que necessita ser efectuado no âmbito da próxima revisão constitucional ordinária[152].

3.3. As penas alternativas à prisão: uma realidade ainda adiada

O princípio da legalidade admite, contudo, na lei penal e processual penal, no âmbito da pequena e média criminalidade, em nome do princípio da necessidade das penas e seus corolários, designadamente do princípio da primazia das penas não detentivas, alguns limites ou derrogações, isto no sentido de desenvolver soluções de consenso e de oportunidade na escolha das sanções criminais, desde que fixados os pressupostos da sua aplicação.

O Código Penal parte da ideia de que as penas devem ser aplicadas tendo subjacente sempre um sentido pedagógico e ressocializador, daí o recurso do legislador

[152] O processo regido pelo princípio da oportunidade caracteriza-se por uma clara confusão de papéis entre o juiz e o Ministério Público, pela deslocação para este do poder de decidir de forma potestativa sobre a pretensão punitiva, à margem da actividade probatória, da qual se prescinde; a defesa é de forma insidiosa atraída para a área do acusador público. Não se submete uma hipótese acusatória a discussão, impõe-se uma pena a quem não tem plena capacidade de defender a sua posição com igualdade de meios. A instrução, conduzida de forma não contraditória, ocupa completamente o lugar do julgamento. O esforço histórico envolvido em cada pequeno avanço na humanização do processo penal e a facilidade com que se pode retroceder, deveria ser uma razão para a prudência dos juristas. Sobretudo quando, como escreveu Calamandrei no prólogo de um livro de Beccaria, "passaram séculos, as técnicas dos códigos

a medidas não institucionais que, apesar de não implicarem a perda de liberdade física provocam uma intromissão na vida dos delinquentes (Ponto 7 da Introdução do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro). Apesar de vistas como medidas de substituição, não podem ser encaradas como manifestações de clemência legislativa mas antes como formas de resposta, com vantagem, a certas áreas de delinquência (Santana, 1998: 390). O Código estabelece, no artigo 71.º, um critério geral orientador da escolha da pena, impondo o artigo 70.º que seja dada preferência, quando possível, à pena não detentiva. Assim, aceita-se a pena de prisão para os casos mais graves, para os de maior alarme social.

Na sequência de recomendações emanadas do Conselho da Europa, é de preferir, às penas curtas de prisão, a aplicação de penas alternativas, designadamente a prestação de trabalho a favor da comunidade e a pena de multa. Importa, para dar execução a tais recomendações, tornar essas medidas mais eficazes, eliminando certas limitações que têm posto em causa a sua aplicação[153].

As penas principais são as que "encontrando-se expressamente previstas para sancionamento dos tipos de crime, podem ser fixadas pelo juiz na sentença independentemente de quaisquer outras", sendo estas no sistema penal português as penas privativas da liberdade (penas de prisão) e as penas pecuniárias (penas de multa). As penas acessórias são "aquelas cuja aplicação pressupõe a fixação na sentença de uma pena principal" (Dias, 1993: 90) que só podem ser pronunciadas na sentença condenatória com uma pena principal.

As penas de substituição são verdadeiras penas autónomas, cada uma tem o seu específico conteúdo político-criminal e campo de aplicação. São fins apenas preventivos, especiais ou gerais, nunca ideias de compensação da culpa, que determinam a opção por uma pena alternativa ou por uma pena de substituição e a sua aplicação.

---

aperfeiçoaram-se, mas os angustiosos problemas morais que constituem o centro de toda esta matéria dos crimes e das penas continuam no mesmo ponto" (*in* Ibáñez, 2001: 35).

[153] Já em 1864, Boneville de Marsangy propunha a redução do âmbito de aplicação da pena de prisão, o que foi seguido por V. Liszt, que considerava serem as penas curtas de prisão mais prejudiciais do que até a impunidade dos agentes. Desde então passou a condenar-se a aplicação de penas curtas de prisão, defendendo-se a sua substituição, designadamente, pela pena de multa (Marsangy e Liszt *in* Dias, 1992: 327)

Como pena alternativa à pena de prisão apenas existe, no sistema português, a pena de multa (as penas principais são então a prisão e a multa). Já as penas de substituição são diversas, podendo ser detentivas (prisão por dias livres e regime de semidetenção) ou não detentivas (as penas de suspensão de execução da prisão, multa de substituição, prestação de trabalho a favor da comunidade e admoestação). O regime de prova parece ser um caso a autonomizar, dado o juiz poder aplicá-lo num momento em que não procedeu ainda à determinação da medida da pena de prisão a aplicar ao caso – numa perspectiva político-criminal o regime de prova é uma verdadeira pena de substituição visto representar um marco fundamental na luta contra a pena de prisão.

Nas palavras de Cavaleiro Ferreira "No novo CP, os efeitos penais da condenação são penas acessórias"[154], isto é, o legislador transformou em penas acessórias alguns dos tradicionais efeitos das penas – a demissão e a suspensão do exercício da função pública (artigos 67.º e 68.º do CP), a interdição de exercício de certas profissões, actividades ou direitos (artigo 66.º do CP) e a proibição de conduzir veículos com motor (artigo 69.º do CP com a redacção da Lei n.º 77/20001, de 13 de Julho). O que determina a aplicação de uma pena acessória é a condenação numa pena principal, embora não de forma automática – cfr. artigo 65.º do CP.

As penas acessórias acima referidas são as previstas no CP, porém, podem surgir em legislação extravagante, como é, entre outros, o caso das penas acessórias decorrentes de infracções económicas, do tráfico de estupefacientes, no quadro do direito fiscal.

Uma questão discutível é se as penas acessórias são verdadeiras penas. Figueiredo Dias entende que "aquelas consequências jurídicas do crime se não encontram institucionalmente referidas pela lei (...) Tais instrumentos sancionatórios poderão ser então «efeitos das penas», como poderão ser «medidas de segurança»; *penas* é que nunca serão" (Dias, 1993: 177-178). O Código Penal inclui, junto às penas principais, além das penas de prisão e de multa, outras penas: a suspensão da execução da pena, o regime de prova, a admoestação e a prestação de trabalho a favor da comunidade. O legislador, ao inserir estas "novas" penas junto às tradicionais, terá tido a intenção de considerar as primeiras como "verdadeiras penas" (Dias, 1993: 90). Estas

outras penas constituem uma categoria além das ditas penas principais – são as penas de substituição, podendo "substituir qualquer uma das penas principais concretamente determinadas" (Dias, 1993: 91) devendo o juiz antes "determinar previamente a pena de prisão concretamente cabida ao caso". Já as penas alternativas, são aquelas nas quais o juiz pode "aplicar uma pena diferente da prisão sem ter de proceder previamente àquela operação". As penas de substituição inserem-se no "*movimento político-criminal de luta contra a aplicação de penas privativas da liberdade*, nomeadamente de penas *curtas* de prisão", sendo verdadeiras penas autónomas. De acordo com Figueiredo Dias "o tribunal deve preferir à pena privativa de liberdade uma pena alternativa ou de substituição sempre que, verificados os respectivos pressupostos de aplicação, a pena alternativa ou a de substituição se revelem adequadas e suficientes à realização das finalidades da punição" (Dias, 1993: 331).

Passemos, assim, a analisar as denominadas, em termos sociológicos, penas alternativas à prisão. Aqui se pode incluir, além da pena de multa, o regime de prova, que é uma modalidade de suspensão da execução da pena de prisão, aplicada com esta (artigos 50.º, n.º 3 e 53.º). Existe uma outra modalidade de suspensão da pena com imposição de deveres ou de regras de conduta, bem como a prestação de trabalho a favor da comunidade (Rosa, 2000)[155] – artigos 51.º, 52.º e 58.º, respectivamente. De tudo isto não decorre uma privatização do sistema da política criminal, em causa está conferir às pequenas e às intermédias comunidades competência jurídica e de acção para a realização das específicas tarefas político-criminais, assim como reconhecer às pessoas individuais a pretensão de participação naquelas tarefas e de incentivar o seu exercício.

---

[154] Cfr. Cavaleiro de Ferreira (*in* Figueiredo Dias (1993: 157).

[155] A pena de trabalho a favor da comunidade (PTFC) está prevista no sistema português desde 1982. A associação entre o cumprimento de uma pena e a realização de um trabalho tem profundas raízes históricas (v.g. os prisioneiros de guerra que realizavam trabalhos forçados). A PTFC vê o trabalho em si como uma pena, assumindo esta uma dimensão social e reparadora incomparável no nosso sistema. Para garantir o seu cariz punitivo, o trabalho não é remunerado e deve ser cumprido nas horas livres do condenado. De acordo com Figueiredo Dias a prestação de trabalho a favor da comunidade é a "pena do futuro". Dados recentes do Instituto de Reinserção Social (IRS) demonstram que a PTFC se encontra em plena expansão na Europa – no País de Gales e em Inglaterra correspondeu em 1997 a 5% das condenações totais e foi recomendada por Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa. A PTFC ainda não alcançou, em Portugal, dimensão significativa, apesar de regulamentada desde Dezembro de 1997.

O Código Penal deixa transparecer uma preocupação crescente pelos delinquentes, como comprovam as alternativas à execução da prisão, a saber, detenção por dias livres e o regime de semidetenção (artigos 45.º e 46.º) e ainda as modalidades de suspensão da execução da pena de prisão. A preferência por penas não detentivas está patente nos artigos 40.º, 44.º, 70.º do CP. Com o artigo 40.º pretendeu o legislador conferir ao aplicador do direito criminal critérios de escolha e de medida das penas e das medidas de segurança, de forma a ser alcançada a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do delinquente na sociedade.

A norma que prevê a dispensa de pena (artigo 74.º) está direccionada para as bagatelas penais, onde se verificam todos os pressupostos da punibilidade, mas não se vislumbra a necessidade de uma sanção penal. Esta norma é uma alternativa à prisão e à multa, à qual não terá sido prestada a devida atenção, apesar da insistência em considerar a prisão como a *última ratio*. Na parte geral do CP o artigo 35.º, n.º 2 prevê a dispensa de pena. Na parte especial prevêem a dispensa de pena os artigos 143.º, n.º 3, 148.º, n.º 2, 250.º, n.º 3, 286.º, *in fine*, 294.º, 364.º, 372.º, n.º 3, 373.º, n.º 2 e 374.º n.º 3. As soluções de dispensa ou de isenção de pena enquadram-se, assim, dentro da acção de um princípio da oportunidade ou de escolha na formação do direito penal.

A suspensão da execução da pena de prisão, (artigo 50.º do CP), é uma medida penal com carácter reeducativo e pedagógico, à qual se deve recorrer quando é aplicada pena de prisão não superior a três anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições de vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime, o julgador concluir que a "simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição". A suspensão da execução fica subordinada ao cumprimento de deveres e à imposição de regras de conduta (artigos 51.º e 52.º do CP) que podem ser aplicados conjunta ou isoladamente. A aplicação deste instituto implica a existência de um plano individual de readaptação social (artigo 54.º do CP) executado pelos técnicos de reinserção social devidamente apetrechados para o efeito.

A prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) - artigo 58.º do CP - com a revisão de 1995, passou a poder substituir penas de prisão até um ano. Para além de representar uma alternativa à pena de prisão, a PTFC tem recolhido reacções bastante

favoráveis, sendo uma das penas não detentivas mais adequadas em sede de reinserção social, pelo que é muito recomendada pelo moderno direito penal.

Na aplicação da pena de multa como alternativa à pena de prisão cabe também ao juiz decidir, atendendo às características do crime e do delinquente. Há pois aqui um momento de oportunidade que não é completamente aleatório ou destituído de vinculação.

Visa-se devolver às penas não detentivas, e em especial à multa, a sua efectividade. Assim, aos delinquentes primários é sempre tentada a aplicação da pena de multa, em vez da suspensão da execução da pena de prisão. Já a pena de multa não pode ser suspensa, existe a possibilidade de conversão da pena de multa em pena de prisão, possibilidade que está enfraquecida com o admitido pagamento da multa em prestações – artigo 49.º.

O alargamento da aplicação das penas não detentivas demonstra a harmonia entre o direito e o processo penal, por permitir escolhas particularizadas no tratamento dos crimes. Em tais escolhas funda-se o princípio da oportunidade na sua vertente de formação do direito. Neste âmbito está a transformação, como referimos, de vários crimes públicos em semi-públicos e a opção de excluir da sua intervenção delitos de cariz mais mutável como os crimes anti-económicos ou contra o ambiente, ditos de 3ª geração, tal como as infracções ao Código da Estrada. Com isto direcciona-se o combate destes ilícitos não só para o direito penal secundário, mas também para o direito de mera ordenação social[156] – ponto 24 da Introdução ao Código Penal. Ao diversificar assim as respostas a certos domínios da criminalidade, tidas como de menor gravidade, quebra-se o monopólio do princípio da legalidade na resolução de conflitos.

A partir da análise do Quadro 4, sobre os dados estatísticos referentes às penas aplicadas no período compreendido entre 1990 e 2000, constatamos que, apesar da evolução observada, a percentagem de aplicação de penas alternativas e de substituição é ainda muito débil.

[156] O direito de mera ordenação social é hoje um sistema repressivo distinto do direito penal, deste autonomizado. As suas virtualidades do ponto de vista da descriminalização são evidentes: o estigma é alheio à natureza do ilícito e à especificidade das sanções, de cariz pecuniário e de admoestação, estando afastada a prisão. O seu processamento, a cargo da Administração, pode contribuir em muito para a desmassificação da justiça criminal.

Quadro 4
Penas aplicadas segundo o tipo (1990-2000)

	1990		1991		1992		1993		1994		1995		1996		1997		1998		1999		2000	
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º		N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%
Admoestação	316	1,4	263	1,2	295	1,0	418	1,1	406	1,2	335	0,9	353	1,0	335	0,9	352	0,9	475	1,1	837	1,6
Prestação de trabalho a favor da comunidade	10	0,0	15	0,1	11	0,0	23	0,1	14	0,0	7	0,0	11	0,0	14	0,0	15	0,0	21	0,0	51	0,1
Multa	6 670	30,6	4 428	19,4	4 552	14,8	8 957	23,9	8 223	23,8	8 420	23,1	16 986	46,2	20 723	54,9	25 792	63,5	30 542	68,6	37 046	69,0
Prisão substituída por multa	4 389	20,1	5 484	24,0	9 135	29,8	12 247	32,7	9 697	28,1	9 226	25,4	4 686	12,7	3 042	8,1	2 616	6,4	2 022	4,5	2 107	3,9
Prisão por dias livres e semidetenção	5	0,0	4	0,0	17	0,1	19	0,1	12	0,0	9	0,0	6	0,0	12	0,0	7	0,0	10	0,0	17	0,0
Prisão suspensa	4 065	18,6	4 534	19,8	7 610	24,8	7 123	19,0	8 126	23,6	9 430	25,9	7 510	20,4	5 782	15,3	5 108	12,6	5 244	11,8	6 857	12,8
Prisão susp. com sujeição a deveres,Regras de conduta,etc.	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1 422	3,8	1 138	2,8	1 120	2,5	1 588	3,0
Prisão efectiva	6 060	27,8	7 992	35,0	8 887	28,9	8 449	22,6	7 750	22,5	8 703	23,9	6 965	18,9	6 123	16,2	5 282	13,0	4 771	10,7	4 869	9,1
Pena relativamente indeterminada	18	0,1	9	0,0	3	0,0	1	0,0	2	0,0	4	0,0	11	0,0	3	0,0	1	0,0	1	0,0	5	0,0
Medida de Segurança de internamento	8	0,0	15	0,1	32	0,1	26	0,1	37	0,1	45	0,1	22	0,1	29	0,1	25	0,1	24	0,1	27	0,1
Medida de Tratamento de Toxicodependentes	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	4	0,0
Outras Medidas de Segurança e Toxicodependentes	1	0,0	7	0,0	4	0,0	4	0,0	2	0,0	2	0,0	3	0,0	0	0,0	8	0,0	12	0,0	8	0,0
Regime de prova	37	0,2	29	0,1	65	0,2	70	0,2	63	0,2	47	0,1	3	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Medidas Esp. para Jovens 16 a 17	1	0,0	3	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	2	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Medidas Esp. para Jovens 16 a 20	7	0,0	7	0,0	1	0,0	1	0,0	1	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0	0	0,0	0	0,0
Dispensa ou Isenção de pena	64	0,3	62	0,3	89	0,3	100	0,3	127	0,4	142	0,4	215	0,6	233	0,6	261	0,6	187	0,4	230	0,4
Penas ou Medidas Ignoradas ou não especificadas	182	0,8	11	0,0	2	0,0	4	0,0	24	0,1	2	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Dissolução de pessoa colectiva	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Outras penas ou medidas	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	14	0,0	15	0,0	79	0,2	36	0,1
TOTAL	21 833	100,0	22 863	100,0	30 703	100,0	37 442	100,0	34 484	100,0	36 372	100,0	36 771	100,0	37 735	100,0	40 621	100,0	44 508	100,0	53 682	100,0

Fonte: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça

A pena mais aplicada foi a pena de multa, que registou um aumento acentuado a partir de 1996: 30,6% em 1990; 46,2% em 1996; 69% em 2000 - acompanhada pela descida na aplicação da pena de prisão efectiva: 27,8% em 1990; 18,9% em 1996; 9,1% em 2000. A prisão suspensa é uma pena de substituição cuja aplicação tem vindo a decrescer: em 1990 teve uma percentagem de aplicação de 18,6%; em 1995, o ano em que foi mais aplicada, atingiu 25,9%; em 2000, não foi além dos 12,8%. A pena de prisão suspensa com sujeição ao cumprimento de deveres, à observância de regras de conduta ou acompanhada de regime de prova tem conhecido uma aplicação muito escassa – em 1997 atingiu 3,8% e em 2000 não ultrapassou os 3%. A pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, em 2000, o ano em que foi mais aplicada, alcançou apenas 0,1%. A admoestação é concebida como uma verdadeira pena de substituição, a mais leve de todas, próxima da dispensa de pena, sendo, com frequência, aplicada em lugar de dispensas de pena e mesmo de absolvições. Os seus valores foram, em 1990, 1,4%; em 1996, 1%; em 2000, o ano em que foi mais utilizada, 1,6%. Quanto à dispensa ou isenção de pena, os casos em que foram aplicadas não ultrapassaram 0,6%, em 1996; em 2000, não foram além dos 0,4% do total. As demais penas previstas na legislação penal têm uma aplicação diminuta, e, em alguns casos, inexistente.

Pode concluir-se que, como escrevemos em 1996 (Santos *et al*., 1996: 365), a magistratura portuguesa foi (e continua) relativamente imune ao uso de penas alternativas à prisão (admoestação, prestação de trabalho a favor da comunidade, prisão por dias livres, regime de prova, medidas especiais para jovens e dispensa ou isenção de pena), introduzidas no Código Penal de 1982, apesar das alterações legislativas de 1995. Assim, as penas aplicadas restringem-se às penas clássicas de multa ou prisão (efectiva ou suspensa). As penas alternativas continuam, em 2000, quase vinte anos depois da sua introdução, a representarem cerca de 2% do total das penas aplicadas, a que deverão acrescer, depois da reforma de 1995, os 3% de penas de prisão suspensa com sujeição a deveres e a regras de conduta[157]. Continua, assim, a ter actualidade a afirmação de Maria Rosa Crucho de Almeida segundo a qual a percentagem de aplicação das penas alternativas revela que são "sinais desgarrados de uma política punitiva menos

[157] Com a reforma do Código Penal de 1995 o regime de prova passou a ser configurado como uma modalidade da suspensão da execução da pena de prisão.

tradicional", e não "recursos disponíveis convincentes e efectivos do sistema" (1995: 35).

Conclusões

A lei criminal é a instância primária de selecção e de controlo da delinquência, através dos movimentos da descriminalização e da neocriminalização. A descriminalização é um dos temas centrais das ciências criminais. Ao longo da história das instituições penais e da evolução do direito criminal, sucederam-se medidas de descriminalização e de neocriminalização, havendo uma constante tensão entre esses dois movimentos. Aparentemente, o monopólio do Estado em relação à acção penal está a recuar - isto é patente na diminuição de crimes públicos, na introdução, ainda que discreta, do princípio da oportunidade e nos poderes acrescidos reconhecidos aos sujeitos privados do processo penal.

Pode falar-se de um paradigma emergente, cuja ideia fundamental é a não intervenção, apelando aos movimentos da diversão e da descriminalização. A diversão é o correlato adjectivo da descriminalização, e, por tal, os seus resultados devem ser analisados no quadro da política processual penal. Ora, o movimento da diversão (desjudicialização penal) desenvolve-se através da consagração do princípio da oportunidade, da emergência da mediação penal e da previsão legal e aplicação das penas alternativas à prisão.

No sistema português vigora o princípio da legalidade, mas a lei tem vindo a consagrar afloramentos do princípio da oportunidade, evitando-se assim os casos em que a punição implica mais desvantagens do que benefícios.

O princípio da oportunidade tem permitido, dado o aumento da criminalidade no sistema penal, dar respostas expeditas à pequena criminalidade, através de soluções de consenso e de oportunidade, de meios de diversão, mas sem que se perca, como paradigma, a obrigatoriedade do exercício da acção penal e a procura da verdade material. Era premente a criação de um "filtro" para descongestionar os tribunais. Disso é reflexo a enorme quantidade de arquivamentos registada. Oportunidade e consenso

são características sobretudo do modelo anglo-saxónico, que parte da concepção do direito penal como um processo de partes, sendo a comunidade o demandante e o arguido o demandado. Assim, a acção está na disponibilidade do autor, que pode desistir ou transigir com o arguido, tendo em conta os fins ou interesses que pretende atingir ou defender – o consenso, a segurança, a paz social, a confiança da comunidade nas instituições. É um modelo tipicamente privatista do processo penal, adquirindo enorme relevo a negociação entre as partes (*plea barganing*). A verdade material serve apenas como ponto de referência, como arma de negociação e não como objectivo para a resolução do caso. Este modelo é aplicável a qualquer tipo de crime e não apenas às bagatelas penais.

Neste actual quadro de consensualismo, a prisão é a *ultima ratio*, são várias as penas de substituição previstas, a aplicar apenas mediante a concordância do condenado.

Todos os sistemas penais admitem uma área na qual a intervenção do Estado é limitada, quer pela vontade da vítima – crimes semipúblicos – quer por considerações de oportunidade. Isto demonstra que todos os sistemas necessitam de válvulas de escape, não apenas para descongestionar os tribunais, mas também para aliviar o confronto entre a sociedade e o delinquente. Numa sociedade, o grau de liberdade afere-se também pelo relevo que assume o princípio da intervenção mínima.

O processo judicial não é a técnica única e universal para solucionar os diferendos. Os primeiros impulsos de reintrodução da mediação surgiram nos EUA, nos anos 60, por iniciativa de organizações tanto de cariz religioso como laico, no âmbito da introdução do denominado movimento *Alternative Dispute Resolution*. A mediação pretende impor-se, assim, como alternativa ao actual modelo de justiça. É um instituto de devolução do conflito penal aos particulares.

A mediação é uma realidade plural, encontra-se em diversos domínios sociais. Distingue-se da conciliação judiciária, da negociação e da arbitragem, que são outros modos não jurisdicionais de resolução de litígios. Situa-se num nível intermédio entre a negociação e a arbitragem. A sua característica essencial é que implica a intervenção de uma terceira pessoa neutra. A mediação instituída no âmbito penal pode ser vista numa dupla perspectiva. É uma técnica de resolução de conflitos que se pretende construtiva

para a vítima e para o agente da infracção e revela, por outro lado, uma nova maneira de pensar a justiça penal. A mediação penal, reavaliando a questão das vítimas e instaurando uma reacção social mais positiva para com o delinquente, responde a certos reparos dirigidos à justiça penal. Demonstra a aplicação prática de uma nova racionalidade penal, a denominada justiça restaurativa - a mediação não visa apenas resolver um litígio, mas também reconciliar as partes.

A mediação é um processo, em princípio totalmente estranho a qualquer tipo de autoridade, baseia-se num ideal de gestão do conflito pelos seus actores e supõe uma intervenção mínima de todas as pessoas exteriores. É um processo de interacção entre as partes em conflito, mas também entre os mediadores.

A mediação é apresentada como um processo informal de regulação de conflitos, o que não impede que se assemelhe a um verdadeiro ritual, respeitando certo número de regras como a neutralidade, a confidencialidade, certo formalismo na organização dos encontros que marcam as diferentes fases na procura de uma solução. Bonafé-Schmitt é da opinião que a mediação não é apenas uma técnica de gestão dos conflitos mas uma nova forma de acção que anuncia novas formas de coordenação das relações dos actores entre si. Os que defendem apenas a mediação directa seguem uma racionalidade instrumental, isto é, preocupam-se com um certo tipo de resultado. Se há mediações de tipo instrumental, designadamente no domínio penal, outras há, sobretudo no âmbito social, que apelam a outras formas de racionalidade, mais comunicacionais. O autor entende que a mediação indirecta se pode ligar a este tipo de racionalidade, na medida em que o papel do mediador consiste em mobilizar todas as formas de processo que podem favorecer a comunicação entre as partes.

O processo de mediação assenta numa lógica de "desconstrução-reconstrução", ou seja, implica a passagem de uma fase de "separação" antes da "reconstrução" da relação social. Dando a palavra a cada parte, é possível realizar esta fase de separação que permite cada parte exprimir o seu ponto de vista sobre o conflito. Trata-se, para os mediadores, de fazer ressaltar tanto os pontos de desacordo como os de acordo, não estando em causa reduzir esse desacordo, antes viver com ele. Ao longo da fase de separação, o papel dos mediadores é criar uma distância, abrir espaço para o diálogo, para as trocas de toda a natureza que favorecem a identificação das partes, a análise dos

problemas. A mediação é, antes de mais, um processo comunicacional, difícil de apurar a partir de dados apenas quantitativos. Para avaliar a mediação como modo de gestão de conflitos, há que comparar as taxas de sucesso mas atender também a outros critérios como o grau de satisfação das partes, a taxa de reincidência em matéria penal ou razões económicas, como o custo da mediação.

As formas e os modelos de mediação nos diversos países são directamente influenciados pelos sistemas de regulação social. O sistema francês, por exemplo, baseia-se em instrumentos de regulação centralizados, funciona de acordo com um modelo hierárquico, apela a uma concepção do direito muito regulamentadora, enquanto que o sistema americano é mais descentralizado e contratual. Pode dizer-se que os franceses têm o culto da lei e os americanos o culto da negociação.

As instituições jurídicas são um meio de aceder à justiça, mas não o único. A Igreja, o Estado, as próprias comunidades, desempenham também esse papel, promovendo a informalização e um novo paradigma da justiça penal baseado no consenso e reparação dos ofendidos.

O conceito de justiça restaurativa consiste numa forma inovadora de responder à criminalidade e aos conflitos, pois promove uma nova aproximação ao crime e ao conflito, é uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a colectividade, a reparar, de forma colectiva, o mal que foi causado, de um modo conforme à sua concepção de justiça. Este novo paradigma atraiu a atenção de muitos reformadores. Em pouco tempo tornou-se a palavra de ordem daqueles que desejam oferecer soluções alternativas à prática jurídica tradicional. Aplica-se a noção de justiça restaurativa a qualquer prática que se processe fora do quadro judiciário sem a intervenção da figura de um advogado ou juiz. É uma resposta centrada no crime, que encontra soluções para os mais directamente atingidos – a vítima, o agressor, as suas famílias, os representantes da comunidade – responderem ao prejuízo causado pelo crime. Baseia-se em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais activo envolvimento no processo. É a forma através da qual todas as partes interessadas numa dada infracção se reúnem afim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras. Encoraja a colaboração e reintegração, mais do que a coerção e o isolamento, respeita todas as partes, incluindo vítimas, agentes do crime,

operadores de justiça. Pretende estabelecer ou restabelecer a igualdade social. Funciona rapidamente, permite a todos os cidadãos uma participação na tomada de decisões e torna a justiça uma realidade para pessoas que de outro modo estariam excluídas. Exemplos específicos de justiça restaurativa incluem reparação do crime, programas de intervenção junto das vítimas, conferências familiares em grupo, mediação entre as vítimas e o agente do crime, entre outras medidas

Uma das importantes operações no âmbito penal consiste na escolha da pena a aplicar, isto porque a punição prevista para um dado crime pode admitir a aplicação, em alternativa, de duas penas principais (pena de prisão ou pena de multa) ou porque, após determinar a medida da pena de prisão, o juiz apercebe-se que pode aplicar uma pena de substituição. Tais operações encontram justificação no movimento de luta contra a pena de prisão, na necessidade de retirar todo o cariz estigmatizante, dessocializador e criminógeno às penas. As penas alternativas à prisão aparecem, assim, em Portugal, no Código Penal de 1982 (admoestação, trabalho a favor da comunidade, regime de prova, dispensa ou isenção de pena, etc.)

O Código Penal de 1982 com a reforma de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), embora tivesse intuitos de agravação das penas de alguns crimes mais graves, também pretendeu "valorizar a pena de multa e outras reacções não detentivas na punição da pequena e média-baixa criminalidade, de modo a optimizar vias de reinserção social do delinquente" e "alargar os casos em que o procedimento penal depende de queixa, designadamente nos crimes contra o património" (Lei de autorização n.º 35/94, de 15 de Setembro). Ora, este alargamento dos crimes semi-públicos, a que acrescem os crimes particulares e a nova legislação, do corrente ano, sobre consumo de drogas, constituem um espaço promissor de desenvolvimento de formas de consenso e mediação penal.

O espaço de consenso entre o ofendido e a vítima nos crimes semi-públicos e particulares encontra-se exclusivamente "deixado às partes" e, quando muito, ao papel facilitador que os advogados e os magistrados do Ministério Público e Judiciais podem desenvolver, no sentido de promover o seu entendimento através de um acordo extrajudicial e consequente desistência de queixa e sua aceitação ou abstenção de acusação, de modo a extinguir o respectivo procedimento criminal. Um eventual novo

alargamento dos crimes semi-públicos na lei penal e a institucionalização de um serviço de mediação penal junto dos tribunais (a iniciar-se a título experimental) poderia permitir que os ofendidos e as vítimas se entendessem, evitando a instrução de um processo crime ou a sua chegada a julgamento. Teríamos uma justiça mais próxima e mais célere para estes litígios e os tribunais judiciais ficariam com mais capacidade para a instrução e julgamento dos crimes mais graves (crimes públicos), designadamente em menos tempo.

A diversão ou desjudicialização penal é uma das funções da lei processual penal, que se encontra consagrada, de forma moderada, no Código de Processo Penal de 1987, apesar do crescimento da sua importância na reforma de 1998 (suspensão provisória do processo – artigo 280.º; arquivamento do processo - artigo 281.º; processo sumaríssimo - artigo 392.º). A retórica do legislador vai no sentido de aprofundar os afloramentos do princípio da oportunidade, mas na prática judiciária o recurso aos referidos procedimentos é de escassíssima utilização. Admite-se que se as situações que permitem a suspensão ou arquivamento dos processos fossem entregues a um serviço de mediação penal, a sua utilização seria muito mais intensa, até por razões de identidade profissional dos mediadores.

Como escrevemos em 1996 (Santos *et al*., 1996: 365), a magistratura portuguesa foi (e continua) relativamente imune ao uso das penas alternativas à prisão (admoestação, prestação de trabalho a favor da comunidade, prisão por dias livres, regime de prova, medidas especiais para jovens e dispensa ou isenção de pena), introduzidas no Código Penal de 1982, apesar das alterações legislativas de 1995. Assim, as penas aplicadas restringem-se às penas clássicas de multa ou prisão (efectiva ou suspensa). As penas alternativas continuam, em 2000, quase vinte anos depois da sua introdução, a representarem cerca de 2% do total das penas aplicadas, a que deverão acrescer, depois da reforma de 1995 os 3% de penas de prisão suspensa com sujeição a deveres e a regras de conduta. Continua, assim, a ter actualidade a afirmação seguinte de Maria Rosa Crucho de Almeida: "a percentagem de aplicação destas [penas alternativas] mostra que elas têm funcionado mais como sinais desgarrados de uma política punitiva menos tradicional do que como recursos disponíveis convincentes e efectivos do sistema" (1995: 35).

CAPÍTULO IV

(RE)CONSTRUIR A JUSTIÇA DE PAZ: AS EXPERIÊNCIAS DO SUL (ITÁLIA, ESPANHA, BRASIL E PORTUGAL)

1. As origens

A origem dos Julgados de Paz não é muito clara. Alguns autores situam-na na eleição do juiz de paz nos concelhos no final da Idade Média, outros no início do século XIX, mais concretamente nas prescrições do *Fuero Juzgo* (Livro II, Título I, XV), que criou a figura dos *mandaderos de paz*, enviados pelo rei para restabelecer a paz entre as partes. A sua missão era promover a conciliação e o acordo, em caso de disputas, sem desempenharem qualquer função judicial concreta. Também se pode encontrar a sua origem nas figuras dos *vilicos* e dos *prepósitos*, que tinham algumas faculdades para julgar em processos civis e penais de escassa quantia. Outros autores ainda situam a sua origem na figura do juiz de paz da Assembleia Constituinte da Revolução Francesa, inspirada nos juízes de cantão holandeses, com uma função sobretudo conciliadora e competência reduzida ao conhecimento de assuntos menores. Estes vieram dar origem aos *Juges de Paix*, que posteriormente serviram de modelo a grande número de países europeus que, por regra, conservaram a designação francófona traduzida em cada língua nativa (López, 1998: 11-12).

Em Espanha, os Juízes de Paz foram criados em 1855 e viram a sua institucionalização remodelada ao longo da história através de várias reformas legislativas. Entre as reformas mais relevantes destacam-se: a alteração da sua denominação passando a designar-se julgados municipais, com um aumento das suas competências, essencialmente no âmbito penal; o acréscimo das suas competências em matérias de Registo Civil e de casamento; e, em 1945, a regulação específica, por Decreto, da figura do Juiz de Paz.

No Brasil o desenvolvimento da Justiça de Paz processa-se através da criação dos Juizados de Pequenas Causas, que se inspiraram no Juizado de Pequenas Causas de Nova Iorque, o denominado *Poor Man´s Court*, aí criado em 1934 para julgar causas de diminuto valor económico (inferiores a 50 dólares) acumuladas durante décadas. O tribunal passou a designar-se *Common Man´s Court,* com a ampliação do conceito de pequenas causas (Faisting, 1999: 44).

A origem dos Julgados de Paz, no direito português, data de tempos remotos, nos quais o juiz, e o juiz de paz, eram eleitos entre os homens bons do concelho e das freguesias, reunindo funções administrativas e judiciais. O juiz de paz foi desaparecendo à medida que o poder central impôs o juiz de nomeação régia. Reapareceu em 1519, como conciliador, e desapareceu de novo com a dominação espanhola. A Revolução Liberal restaurou esta figura e o Código de Processo Civil de 1939 manteve-a, na medida em que a incumbiu da missão de conciliar as partes antes de chegarem à fase do julgamento no tribunal. Nesse Código de Alberto dos Reis, este "juiz de paz" poderia também desempenhar as funções auxiliares do juiz de comarca. O recurso (voluntário) à conciliação do juiz de paz foi decrescendo, pelo que acabou por ser suprimido em 1961. Nas palavras de José Lebre de Freitas, a "morte jurídica dos Julgados de Paz mais não foi que a constatação legal da sua morte sociológica" (Público de 29/05/2000). Assim, estamos a assistir ao início do seu processo de crescimento. Segundo este jurista, será "um juiz de paz com roupagem mais citadina, que não se limitará a Trás-os-Montes e a outros povos do interior e ousará chegar a Lisboa e ao Porto. Com clientela mais variada do que outrora, o juiz de paz pretende ser um produto cosmopolita da época da globalização", implicando um ganho para os cidadãos que possam recorrer a este novo meio "mais acessível e – espera-se – menos lento e burocrático que um tribunal em tempos de crise".

Neste capítulo procederemos a uma breve análise das experiências de Julgados de Paz que existem actualmente em Espanha (em especial no caso do País Basco), em Itália, no Brasil e em Portugal, no contexto da análise do processo de (re)nascimento dos Julgados de Paz.

2. Julgados de Paz: duas experiências do Sul da Europa (Espanha e Itália)

2.1. Os Julgados de Paz em Espanha

2.1.1. Da sua criação até à Lei Orgânica do Poder Judicial (1985)

Os Julgados de Paz, desde da sua criação e ao longo da sua história, tiveram por finalidade principal dotar a comunidade de uma alternativa de resolução pacífica dos conflitos de menor complexidade. Com o tempo foram acrescidas outras finalidades, tais como tornar a justiça mais célere e mais próxima do cidadão, facilitar os trâmites do Registo Civil e auxiliar o sistema judicial nas actuações que não fossem muito complexas, permitindo assim o seu necessário e desejado descongestionamento.

A actual Justiça de Paz teve a sua origem no artigo 282.º da Constituição de 1812, que estabelecia que o Presidente da Câmara de cada povoação exercia funções de conciliação e que quem pretendesse demandar por negócios civis e por injúrias deveria apresentar-se perante ele com essa finalidade. Nessa época não havia, pois, uma separação entre as funções judiciais e as executivas. Desde então foram-se sucedendo reformas legislativas de sentidos e conteúdos diversos, que demonstram a falta de um modelo claro de Justiça de Paz, desenvolvendo-se de forma oscilante e de acordo com a consideração que em cada momento mereceram aspectos como: a criação da figura do Juiz de Paz separada e distinta do Presidente da Câmara; a designação e nomeação do Juiz de Paz; a capacidade e atitude dos juízes de paz em relação à sua formação jurídica; e a determinação das suas competências, designadamente territorial.

Em Outubro de 1855 foi aprovado o projecto de *Ley de Enjuciamiento Civil* que, no seu artigo 1.162.º, estabelecia que "toda a questão entre partes, cujo valor não exceda os 600 reais, se decidirá em juízo verbal" e outorga a competência para este juízo em primeira instância aos juízes de paz, órgãos judiciais distintos dos que até então se conheciam (López, 1998: 17). Também em 1855 foi emanada a Ordem Real, de 31 de Outubro, que criava os juízes de paz, vindo as regras para a sua nomeação a ser produzidas mais tarde. Com a Revolução de 1868 surgiu uma nova tendência de renovação em todas as áreas do poder público, que incluiu o sistema judicial, já que se

pretendia a independência total da Administração da Justiça em relação ao poder político. Em conformidade, surgiu uma nova Lei Orgânica, em 1870, que reestruturou todo o sistema judicial espanhol e, obviamente, os Julgados de Paz que passaram a designar-se Julgados Municipais, com vista à sua plena integração na estrutura administrativa do sistema judicial, com o correspondente aumento de competências penais que até então cabiam aos *Alcaldes* (correspondente aos nossos Presidentes das Câmaras). Assim terminam as competências judiciais dos Presidentes das Câmaras e fica consolidado o poder judicial como o único com competências para julgar cidadãos, iniciando-se uma nova etapa da Justiça de Paz em Espanha.

A Lei Orgânica estabeleceu uma série de incompatibilidades, entre as quais a impossibilidade de o juiz de paz exercer qualquer outra função de carácter administrativo, de forma a garantir a independência das suas decisões. Em contrapartida, foram sujeitos a todos os direitos e obrigações próprios dos cargos judiciais, como sejam as honras dispensadas aos juízes e magistrados, a inamovibilidade enquanto exercem funções e o facto de serem jubilados quando ficam inutilizados física e intelectualmente para o desempenho do cargo (López, 1998: 21). Posteriormente, em 1870, passaram também os juízes de paz a desempenhar funções relativas a casamentos e de Registo Civil. Chegaram inclusive a ter tanto trabalho como qualquer outro juiz, com a diferença de apenas receberem exíguos honorários que não lhes permitiam dedicar-se o tempo suficiente para desempenhar as suas tarefas, tendo, como era de prever, sucumbido debaixo de uma quantidade enorme de expedientes e de processos (López, 1998: 22).

Não tardaram em fazer-se ouvir as críticas. Apareceram diversos projectos de reforma, que culminaram, em 1907, na terceira reforma, através da *Ley Maura*. O objectivo desta lei foi acabar com o estado deplorável da Administração da Justiça nos Julgados de Paz. Assim consagrou-se a imparcialidade, a independência e a ruptura com os laços pelos quais os juízes municipais estavam unidos à política, razão pela qual se centrou primordialmente na regulação e reforma do novo procedimento de designação dos juízes municipais. Esta lei introduziu uma nova figura no panorama da justiça local: os tribunais municipais (López, 1998: 23).

A chegada ao poder da ditadura do General Primo de Rivera, em 1923, promoveu um novo ciclo de reformas na justiça municipal. Aparentemente as anteriores intenções de eliminar as influências políticas nos Juízes Municipais não deram muitos resultados, o que implicou que o dito General suspendesse os adjuntos e suprimisse os Tribunais Municipais, ao mesmo tempo que se passaram todas as suas funções ao Juiz Municipal. Contudo, em 1924 ampliaram-se as competências a assuntos civis até às 1.000 pesetas (López, 1998: 24).

As eleições municipais de 1931 deram a vitória à esquerda e iniciou-se uma nova etapa na história de Espanha e, por conseguinte, na Justiça Municipal. Com a instauração da II República, a Justiça Municipal volta a sofrer alterações substanciais. Um Decreto de 1931 determina que nos municípios com mais de 12.000 habitantes, que não sejam sede de circunscrição, se deve eleger um Juiz Municipal através de voto popular. Esta disposição apenas viria a vigorar três anos, pois em 1934 um novo Decreto restabelece a vigência da *Ley de Justicia Municipal* de 1907, incluindo a forma de nomeação dos juízes e os graus de preferência a observar na sua eleição. Este retorno também não durou muito tempo, pois com a subida ao poder do General Franco iniciou-se uma nova era de reformas que abarcou os Juízes Municipais – em 1939 atribuiu-se à nomeação destes juízes um carácter francamente político (López, 1998: 25).

A tentativa de profissionalizar e de despolitizar a Justiça Municipal foi uma constante ao longo da história da justiça local. Por tal, em 1944 o Parlamento espanhol aprovou a *Ley de Bases para la Reforma de la Justicia Municipal*, na qual se introduziram importantes novidades. A opção tomada, face à existência de cerca de 10.000 municípios e aos custos que implicaria a instalação de um juiz letrado, vinculado completamente à estrutura do sistema judicial formal, em cada município, foi de criar três órgãos distintos encarregados de cumprir funções judiciais a nível local: os Julgados Municipais, que teriam jurisdição em capitais de províncias e municípios com mais de 20.000 habitantes; os Julgados de Comarca, constituídos nos municípios que eram centros ou capitais de comarca; os Julgados de Paz, que exerciam as suas funções nos municípios em que não houvesse Julgados Municipais nem de Comarca.

A figura do Juiz de Paz foi regulada pelo Decreto de 24 de Maio de 1945, onde se estabelecia que se tratava de um cargo honorífico, gratuito e de carácter permanente.

Os requisitos eram ser espanhol, do sexo masculino, laico, ter mais de 23 anos, ter conduta moral e político-social imaculada e gozar de prestígio e respeito na localidade. Em 1969 o *Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Jueces Municipales, Comarcales y de Paz* limitou a duração do cargo a cinco anos, reduziu a idade mínima para os 21 anos, eliminou a palavra "político-social" e permitiu o acesso a mulheres (López, 1998: 26-27).

2.1.2. Descrição do sistema actual: orgânica, juízes de paz e competências

A *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) surgiu em 1985 e veio possibilitar a reestruturação total dos órgãos judiciais a nível nacional e municipal. Entre as principais modificações há que referir a eliminação dos Julgados de Distrito e a transferência de todas as suas competências para os Julgados de Primeira Instância e para os Julgados de Paz. No capítulo VI, sobre os Julgados de Paz, a LOPJ, no artigo 99.º, refere que em todos os municípios, onde não haja um tribunal de primeira instância e de instrução, haverá um Julgado de Paz com jurisdição na comarca correspondente. Assim se estabeleceu que cada município de Espanha deve ter um Juízo de Primeira Instância ou um Julgado de Paz. Os Julgados de Paz constituem assim o primeiro grau da estrutura judicial do Estado espanhol.

A nomeação e os requisitos para se poder ser juiz de paz estão consagrados no artigo 101.º da LOPJ, uma das mais polémicas e debatidas normas. Aí consta que os juízes de paz são nomeados por um período de quatro anos, pela *Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia* correspondente e que a nomeação recairá sobre as pessoas eleitas pelo *Ayuntamiento* (equivalente às nossas Câmaras Municipais) respectivo, no *Pleno del Ayuntamiento*, com o voto favorável da maioria absoluta dos seus membros, entre as pessoas que, reunindo as condições legais, assim o solicitem. No caso de não haver candidatos, o *Pleno* elegerá livremente. As vagas existentes para o cargo de juiz de paz, titular ou substituto, são anunciadas pela Câmara Municipal respectiva, através de convocatória pública (artigo 5.º do Regulamento 3/1995, de 7 de Junho).

O resultado obtido pela Câmara será enviado ao juiz de primeira instância e de instrução, que o fará chegar à *Sala de Gobierno del Tribunal de Justicia*. Se se entender

que a pessoa eleita reúne as condições de elegibilidade exigidas pela lei, designadamente a idoneidade, será então nomeada, caso contrário, cabe à *Sala de Gobierno del Tribunal de Justicia* designar directamente. O mesmo acontece se, passados três meses desde a vacatura do lugar, a Câmara não tiver proposto o nome de nenhum cidadão (artigo 101.º, n.º 4 da LOPJ e artigos 8.º e 9.º do Regulamento 3/1995, de 7 de Junho).

Os requisitos que o juiz de paz, titular ou substituto, deve possuir encontram-se previstos no artigo 102.º da LOPJ[158]: reunir todos os requisitos exigidos para o ingresso na carreira judicial (ser espanhol e maior de idade), excepto a necessidade da licenciatura em direito, e não se verificar nenhuma das causas de incapacidade ou de incompatibilidade (artigo 389.º da LOPJ) previstas para o desempenho das funções judiciais, com excepção do exercício de profissões mercantis[159]. São juízes leigos, não profissionais, que desempenham funções jurisdicionais sem pertencerem à carreira judicial, apesar de enquanto exercem o seu cargo estarem sujeitos ao regime de incompatibilidades e proibições da carreira judicial. Os juízes de paz não poderão ainda revelar factos relativos a pessoas de que tenham tido conhecimento durante o exercício das suas funções.

A nomeação, o regime de incompatibilidades, os direitos e deveres e a responsabilidade dos juízes de paz estão consagrados também no Regulamento n.º 3/1995, de 7 de Junho, aprovado por acordo do *Consejo General del Poder Judicial*,

[158] Cfr. também o artigo 1.º do Regulamento n.º 3/1995. Quanto à idade até à qual um cidadão pode desempenhar as funções de juiz de paz, não há limites taxativos, desde que não existam impedimentos físicos ou psíquicos para o cargo.

[159] As incapacidades estão descritas no artigo 389.º da LOPJ: o juiz de paz não pode exercer qualquer outra jurisdição estranha ao poder judicial; não pode ocupar nenhum cargo de eleição popular ou designação política do Estado, Comunidades Autónomas, províncias e demais entidades locais e organismos dependentes de qualquer destes; não pode ter empregos retribuídos pela Administração do Estado, *Cortes Generales*, Casa Real, Comunidades Autónomas, províncias, municípios e quaisquer entidades, organismos ou empresas dependentes de uns ou de outras; não pode ter empregos em nenhum tipo de tribunais e julgados de qualquer ordem jurisdicional; não pode exercer funções de director, gerente, administrador, conselheiro, sócio colectivo ou outra que implique intervenção directa, administrativa ou económica em sociedades ou empresas mercantis, públicas ou privadas, de qualquer tipo; não pode desempenhar qualquer cargo ou profissão retribuída, salvo o desempenho de funções docentes e de investigação jurídica, produção e criação literária, artística, científica e técnica; e não pode exercer advocacia ou procuradoria nem assessoria jurídica, seja ou não retribuída. Pode exercer, no entanto, actividades profissionais ou mercantis, desde que não impliquem assessoria jurídica, nem ponham em causa a sua imparcialidade e independência, nem interfiram com o estrito cumprimento dos

onde não se estabelece qualquer tipo de diferenciação para as diversas províncias espanholas. Os direitos e deveres podem ler-se no artigo 17.º e ss. do Regulamento – o juiz de paz deve residir na localidade sede do Julgado, excepto se for autorizado a residir em local diferente pela *Sala de Gobierno del Tribunal de Justicia*. Durante o seu mandato goza de inamovibilidade. Os juízes de paz estão sujeitos ao estatuto jurídico dos juízes e magistrados, embora com algumas excepções. O seu estatuto é mais flexível que o regime geral dos juízes e magistrados, dado o carácter temporário do seu mandato e o facto de não serem profissionais[160]. Em caso de doença ou de ausência por causa legal, o juiz de paz será substituído pelo respectivo substituto. Se este último não existir na localidade em questão, será o titular de outra localidade a desempenhar ambos os cargos (artigo 25.º do Regulamento n.º 3/1995). Cabe a cada Julgado de Paz fixar as horas de audiência.

Por fim, o artigo 103.º da LOPJ estabelece que os juízes de paz são retribuídos pelo sistema e em quantia que legalmente se estabeleça, tendo, na sua circunscrição, o tratamento e precedência que se reconhecem aos juízes de primeira instância e instrução. O Decreto Real n.º 122/1989, de 3 de Fevereiro, fixou a retribuição em função do número de habitantes do município[161].

A LOPJ, em 1985, reorganizou tanto a competência material dos juízes de paz como a sua competência territorial. Assim, passaram a ter competências específicas em matéria cível e penal, na área do Registo Civil[162] e a exercer funções de auxílio judicial (cfr. também o artigo 3.º do Regulamento).

---

seus deveres judiciais. Atendendo aos parcos honorários auferidos enquanto juiz de paz, são critérios de razoabilidade e flexibilidade que presidem ao regime das actividades tidas como incompatíveis.

[160] Aos juízes de paz aplica-se a proibição, que também vigora para os membros da careira judicial, de pertencerem a partidos políticos, mas apenas durante o período do seu mandato.

[161] Em Maio de 2000 havia em Espanha 7.680 Julgados de Paz e 2.831 Julgados de Paz integrados num total de 297 *Agrupaciones de Secretarías*. Alguns Julgados de Paz estão integrados em *Agrupaciones de Secretarías*, com sede no município de maior número de população e com funcionários ao serviço da Administração da Justiça (Ministério da Justiça espanhol, 2001).

[162] No domínio do Registo Civil, os Julgados de Paz têm uma função simplesmente de secretaria. Há, no entanto, um grande recurso a esta função, uma vez que não existe nenhuma entidade especializada competente para a exercer. Esta função é, aliás, a que a comunidade mais identifica com o Julgado de Paz. Como complemento desta norma, dispõe a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), no artigo 80.º, que poderão promover a instância de parte legítima.

A matéria cível é regulada pelo artigo 100.º da LOPJ de 1985, de acordo com a qual os Julgados de Paz conhecem em primeira instância, produzem sentenças e procedem a execuções dos processos que a lei determine, além de desempenharem funções no âmbito do Registo Civil e outras que lhes venham a ser atribuídas. Das sentenças emanadas dos Julgados de Paz haverá lugar a recurso de apelação para o tribunal de primeira instância da circunscrição – artigo 456.º. O artigo 460.º prevê, ainda, que antes de intentar uma acção se possa tentar a conciliação junto do Julgado de Primeira Instância ou de Paz competente, já que, nos termos do artigo 463.º, são estes os únicos com competência para conhecer dos actos de conciliação. Os juízes de paz terão, ainda, de remeter aos de primeira instância da sua circunscrição relações semestrais dos actos de conciliação realizados – artigo 480.º. Em razão do valor, os juízes de primeira instância são competentes para apreciar acções de valor até 80.000 pesetas e os juízes de paz até 8.000 pesetas – artigo 715.º. Cabe, segundo o artigo 1397.º, aos juízes de primeira instância decretar os embargos preventivos. Se a dívida não ultrapassar as 8.000 pesetas, podem ser decretados pelo juiz de paz competente. Assim, como resulta do exposto, a competência dos juízes de paz limita-se aos processos verbais inferiores a 8.000 pesetas, aos embargos que devam ser instaurados nesses processos e à realização de conciliações e verificação do cumprimento dos acordos alcançados nesse âmbito. O processo tem início com a apresentação do requerimento, que não deve ser elaborado por advogado, uma vez que estes processos não requerem a assistência de advogado nem de *procurador* (López, 1998: 29-31).

A competência em matéria penal, nos termos do artigo 100.º, n.º 2, da LOPJ, abrange crimes de ameaças, coacção, injúrias, circulação consciente de moeda falsa, imprudência na guarda de animais selvagens, perturbações da ordem em actos públicos, desobediência a agentes da autoridade e actuações penais de prevenção ou de delegação e outras que venham s ser atribuídas por outras leis, isto por remissão para a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1995 (LECr).

O procedimento a seguir nestes processos, apesar de o artigo 779.º da LECr o qualificar como abreviado, converteu-se, como reconheceu o *Consejo General del Poder Judicial*, num processo penal ordinário. O *Consejo General del Poder Judicial* entende que os juízes de paz não podem receber denúncias ou iniciar diligências

judiciais sem remessa prévia para o julgado de instrução competente. Toda a actuação das forças e corpos de segurança do Estado e Polícia local, como atestados, autos de denúncias, requerimentos, comunicações, etc., entregues no Julgado de Paz da localidade em que se produziu o facto, devem, sem dilação alguma, ser remetidos ao Julgado de Instrução da circunscrição competente, pois deve ser este órgão a determinar as diligências a realizar. Só depois do Julgado de Instrução ter levado a cabo essa tarefa, será o Julgado de Paz encarregado de praticar citações e realizar alguns trâmites processuais (López, 1998: 33-34).

Uma das mais importantes tarefas que os Julgados de Paz hoje desempenham é o auxílio judicial, que consiste na cooperação que os órgãos jurisdicionais devem prestar entre si. O *Consejo General del Poder Judicial* forneceu instruções acerca da forma de realizar este auxílio, referindo que se deve restringir às diligências de menor dificuldade, como as notificações, citações e actos de comunicação em geral, procurando evitar tal cooperação em actos de maior complexidade ou repercussão, como embargos, despejos ou remoções. Esclarece ainda que a lei não autoriza o recurso a este mecanismo com carácter geral e uniforme, mas tão-só quando existam causas justificadas, visto que a norma a seguir é que cabe ao juízo do pleito praticar na sua circunscrição todas as actuações que a tramitação exige (López, 1998: 38-39).

2.1.3. A experiência do País Basco

Alejandro Giraldo López estudou a realidade dos Julgados de Paz no País Basco, para o qual utilizou uma amostra ampla, com 156 casos, que reflecte a situação da instituição à data, nesta Comunidade Autónoma. Dessa investigação consta o registo dos recursos físicos e humanos. Assim, sabe-se que em 1998 havia 238 juízes de paz, em todos os municípios que não tinham juiz ordinário. Dos juízes de paz do País Basco 74,4% eram homens[163], 26,3% eram pensionistas, 67,3% apenas haviam frequentado a

[163] Apesar de desde 1969 o cargo de juiz de paz poder ser desempenhado por mulheres, a sua incorporação tem sido lenta, pois em 1998 apenas 25,6% eram mulheres, das quais 92,5% com menos de 44 anos. Quanto às habilitações literárias, as mulheres juízas de paz apresentavam níveis mais altos: 40% apenas haviam frequentado o ensino primário e 47,5% eram licenciadas, das quais 73,7% licenciadas em direito.

instrução primária e a média de idades situava-se nos 48,6 anos. É claro, nesse estudo, a relação entre o nível de instrução e a idade, pois só 20,7% dos juízes de paz menores de 31 anos tinham apenas frequentado o ensino primário, enquanto que 55,2% eram licenciados em direito, enquanto que dos juízes entre os 45 e os 57 anos, 83,9% apenas tinham estudos primários (López, 1998: 53-54).

Nas duas classes de juízes de paz (distintas de acordo com o número de habitantes da povoação em questão) detectam-se diferenças sobretudo quanto ao grau de instrução do juiz de paz. Assim, nos municípios com menos de 7.000 habitantes, 76,4% dos juízes apenas tinham frequentado o ensino primário, enquanto que nos municípios com mais de 7.000 habitantes, essa percentagem descia para os 33%. Nos primeiros municípios, só 13,1% dos juízes eram licenciados, enquanto que nos municípios com maior número de habitantes já eram licenciados 39,4% dos juízes de paz, o que reflecte a preocupação pela preparação técnica para a carga de trabalho que terão de dar resposta. Nos municípios mais populosos pretende-se um juiz de paz licenciado em direito, que dedique suficiente tempo ao cumprimento das suas funções, que não tenha outra actividade que prejudique o exercício do seu cargo e que receba um salário que permita prescindir de outro trabalho remunerado (López, 1998: 56).

No País Basco, existiam, em 1998, Julgados de Paz em 40 municípios com secretaria própria, ou seja, 16, 8%. Cerca de 90 estavam agrupados em 17 secretarias e nos restantes 108 Julgados de Paz o trabalho de secretaria era assegurado por funcionários da Câmara Municipal (López, 1998: 58).

Os juízes apresentam com frequência queixas relativas à falta de coordenação entre as instituições que devem providenciar os recursos materiais e humanos aos Julgados, pois estes dependem de três organismos distintos: os honorários dos juízes são remetidos directamente pelo Ministério da Justiça; os funcionários de carreira das secretarias, quando os há, estão a cargo do Estado ou da Comunidade Autónoma, segundo o caso; os recursos físicos estão a cargo da Câmara Municipal.

O número de conciliações, em 1997, no País Basco, foi de 3,6 casos por juiz, com mais de 35% a não realizar nenhuma. Estes números são extremamente baixos, tendo em conta que a conciliação é uma das principais funções que cabe aos juízes de

paz, constituindo inclusivamente um argumento-base na defesa da sua continuidade (López, 1998: 62-63).

No entanto, como se disse, a competência nos processos cíveis em razão do valor dos juízes de paz limita-se às 8.000 pesetas. Possivelmente, por isso, em 1997, apenas 3 Julgados dos que constam da amostra de López realizaram *juicios verbales.* Os juízes entendem que isto se explica por os cidadãos não se atreverem, mesmo num Julgado de Paz, a iniciar um processo civil por tão baixa quantia. Também o recurso a Julgados de Paz por questões de âmbito penal foi muito reduzida, provavelmente porque os juízes de paz apenas poderão intervir nesta matéria após os juízes de instrução remeterem os processos (López, 1998: 65). No âmbito criminal a competência dos juízes de paz inclui crimes que são muito frequentes numa Comunidade Autónoma como o País Basco, em que as ameaças e ofensas a agentes da autoridade são frequentes.

Nas entrevistas que realizou, López apercebeu-se que existe uma espécie de pacto entre os juízes de instrução e os Julgados de Paz a seu cargo, no sentido que os primeiros não remetem casos de foro criminal aos segundos e estes, por seu lado, realizam diligências de auxílio judicial que os juízes de instrução deveriam realizar. Aparentemente este "acordo tácito" foi adoptado como forma de evitar as constantes ameaças e atentados que sofreram os Julgados de Paz em torno do País Basco, visto não disporem das garantias de protecção suficientes para fazer frente a tais situações, as quais são apenas proporcionadas às restantes instâncias judiciais (López, 1998: 65).

Ao analisar a função dos Julgados de Paz relativa à prática de actos de registo civil, López não conseguiu determinar o volume de actos registado no País Basco, em 1997, mas refere o exemplo de Oñati, que tem 10.500 habitantes e que realizou mais de 1.500 actos de registo civil, confirmando ser esta a actividade que a comunidade mais identifica com os Julgados (López, 1998: 69-70).

Sobre o auxílio judicial, a função judicial de maior transcendência e que mais polémica tem suscitado, nas palavras de López, não existem dados, à excepção dos do Julgado de Sestao que, em 1997, em matéria civil, realizou 1.530 cartas precatórias e, em matéria penal, mais 3.509.

2.1.4. O *Libro Blanco de la Justicia*: pontos de bloqueio e as necessidades de reforma da Justiça de Paz em Espanha

Um dos capítulos do *Libro Blanco de la Justicia*, de 1997, do *Consejo General del Poder Judicial*, refere-se à Justiça de Paz. Como começa por explicar, versou sobre este tema, não por ser um dos problemas mais necessitados de intervenção da justiça espanhola, mas por não ser possível ficar, na elaboração de um Livro Branco da Justiça, à margem da reflexão produzida. Apesar de a Justiça de Paz constituir o primeiro grau da organização judicial, a sua integração ainda não é perfeita. Este é um problema, continua o Livro Branco, que se arrasta desde o Antigo Regime, quando os cargos de funções judiciais eram cargos reais e desempenhavam simultaneamente funções executivas e judiciais. Apenas após a Constituição de 1812 se pode falar numa administração da justiça como função e organização de um poder do Estado.

A actual regulação dos Julgados de Paz, como referimos, baseia-se nos seguintes critérios: existência de um Julgado em cada município, excepto nos que dispõem de Juízo de Primeira Instância ou de Instrução; consideração do juiz como leigo em direito, apesar de nada impedir que seja nomeado um licenciado em direito; designação e nomeação dos juízes de paz com intervenção das Câmaras Municipais; nomeação temporária; competência objectiva limitada; dependência das Câmaras quanto a meios pessoais e materiais, excepto nos Julgados de Paz em povoações com mais de 7.000 habitantes; e previsão de um sistema organizativo baseado na possibilidade de estabelecer agrupamentos de secretarias de Julgados de Paz, sendo estas reguladas pelo Decreto Real n.º 257/1993, de 19 de Fevereiro.

Deste cenário decorre uma situação caracterizada pela: carência de profissionalização dos titulares dos Julgados de Paz; coexistência de profissionais e de não profissionais no pessoal auxiliar; submissão a critérios organizativos (a constituição de agregações de secretarias) a decisões posteriores muito abertas e a penúria económica que se amenizam, de forma insuficiente, através de subvenções às Câmaras, previstas na Lei n.º 38/1992, de 29 de Dezembro, e que variam entre as 46.000 pesetas para municípios com população inferior a 500 habitantes e subvenções de 300.000

pesetas para municípios com mais de 7.000 habitantes[164]. Como Alejandro López observou no seu trabalho empírico, em 1997, os Julgados de Paz das pequenas comunidades, servidas por juízes leigos, que estão unidas por uma secretaria comum, nem sequer têm um escritório para atender as pessoas que solicitam a sua colaboração. Já nas povoações maiores encontram-se juízes que dedicam grande partes do seu tempo à resolução dos assuntos do Julgado e possuem importantes conhecimentos de leis, o que lhes permite desempenhar adequadamente o seu trabalho. Porém, a lei coloca estes dois tipos de juízes e Julgados no mesmo nível (López, 1998: 73).

Há, assim, um elevado número de unidades jurisdicionais que têm escassas competências e não conseguem dar respostas adequadamente. Deve distinguir-se dois tipos de Julgados de Paz: os das pequenas povoações, em que o juiz de paz assume o conceito "honorífico" que está inscrito na Lei Orgânica do Poder Judicial, e os das povoações maiores, onde o juiz de paz tem uma relevante tarefa jurisdicional e pratica numerosos actos de auxílio judicial. Ora, nas pequenas povoações, com população até 7.000 habitantes, a designação de pessoa "idónea" pela Câmara Municipal constitui uma das maiores disfunções que sofrem estes Julgados, sobretudo no caso dos secretários. Isto sucede porque as secretarias destes Julgados de Paz são assumidas pelas secretários da Câmara que, em muitos casos, paralisaram as suas funções de forma total e permanente. Alejandro López considera, deste modo, necessário dotar os Julgados de pessoal da administração da justiça, utilizando funcionários ao serviço da administração da justiça.

Existe, ainda, uma polémica relativa à nomeação dos juízes de paz, através da eventual politização da instituição pela discricionaridade da Câmara no acto de eleição do juiz de paz. Esta discricionaridade pode igualmente ser exercida através da possibilidade, por parte da Câmara, de não renovar o mandato de um juiz de paz sem necessidade de efectuar qualquer justificação (López, 1998: 34).

Nos Julgados de Paz de localidades com mais de 7.000 habitantes e nos que são servidos por um agrupamento de secretarias de Julgados de Paz, não se registam tantas disfunções, visto que são servidos por funcionários da administração da justiça. Os

[164] Estas quantias não são distribuídas às Comunidades Autónomas da Catalunha, País Basco, Galiza, Valência e Canárias, pois a assunção, por estas Comunidades, de competências em matéria de

agrupamentos, ao estarem dotados de funcionários próprios, funcionam razoavelmente. Aí os problemas prendem-se com as deslocações, já que o Real Decreto n.º 257/1993 prevê a elaboração de um plano semestral de actividades e deslocações por parte das agências territoriais do Ministério da Justiça ou do órgão competente das Comunidades Autónomas. Este órgão é muito rígido e não admite expressamente a intervenção nem dos juízes de paz nem do secretário do agrupamento, nem mesmo do juiz de primeira instância e de instrução.

De modo geral, detecta-se a falta de preparação técnica e de formação dos titulares dos Julgados de Paz, sobretudo dos que não estão integrados em nenhuma *Agrupación de Secretarías de Juzgados de Paz*, facto que acarreta, necessariamente, um funcionamento defeituoso. São pessoas "idóneas", designadas pelas Câmaras Municipais, mas não são funcionários de carreira. A falta de meios materiais provoca também uma série de problemas, que desembocam num atraso excessivo na prática das diligências ou, pior, que implicam a realização de diligências sem observância das prescrições legais necessárias. Estas circunstâncias deram já lugar a algumas consultas ao *Consejo General del Poder Judicial* sobre o alcance e obrigatoriedade da prática de determinadas diligências pelos Julgados de Paz. Observa-se a tendência do legislador, mantida na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 (LEC 2000), de limitar a actuação dos Julgados às diligências de menor dificuldade (Rubio e Cifuentes, 2000). É objecto de críticas o facto de os juízes de paz, pela sua falta de conhecimentos em direito, deixarem para os funcionários judiciais a maioria do seu trabalho. Um dos juízes de paz entrevistados por Alejandro López referiu que, enquanto foi juiz de paz, nunca lhe surgiu nenhum problema porque os funcionários que tinha no Julgado eram muito qualificados e aptos (López, 1998: 59).

Apesar do exposto, os Julgados de Paz são de grande importância para a primeira instância, prestando um incontornável auxílio no desempenho da administração da justiça. Auxílio que deve ser solicitado por meio de carta precatória e que é dependente do tipo de Julgado, pois quando se trata de um Julgado servido por pessoal da Câmara, este apenas deve realizar actos de comunicação; nos demais casos, podem também realizar embargos e demais actos judiciais, salvo os que requerem intervenção

administração da justiça implica que fixem elas próprias os critérios quantitativos.

do juiz do processo. Caso os Julgados estivessem munidos de pessoal ao serviço da Administração da Justiça, a sua intervenção em matéria de auxílio judicial não poderia apenas ser maior, mas sobretudo realizada com mais eficácia e com plenas garantias.

O *Libro Blanco de la Justicia* ponderou, ainda, que o elevado número de Julgados de Paz produz graves dificuldades na gestão dos tribunais superiores de justiça (alguns, como o de Castela e Leão têm 2.000 Julgados de Paz, representando o início e seguimento de 4.000 processos por ano). Outras limitações enunciadas devem-se: ao facto de os funcionários de justiça que prestam serviço nos Julgados de Paz deverem auferir a mesma retribuição dos restantes funcionários; à questão dos meios materiais insuficientes, que não pode ser resolvida pelas Câmaras, dadas as limitações orçamentais que as afectam; à sua eventual supressão, atendendo à sua escassa rentabilidade e eficácia ou ao aumento das suas competências – no caso de se optar pela supressão, era imperioso o reforço dos julgados de primeira instância.

2.1.5. A reforma da Justiça de Paz em Espanha

Os Julgados de Paz clamam, em Espanha, por urgentes alterações. Porém, que alterações devem ser feitas? Muitas são as opiniões, que vão desde a supressão da instituição até à sua profissionalização e ampliação de competências, passando pela eleição popular do juiz (López, 1998: 74).

No processo de reforma dos Julgados de Paz uma matéria na qual estes deverão passar a intervir mais é a relativa ao auxílio judicial. Para o efeito, urge implementar algumas reformas de carácter regulamentar, designadamente o Regulamento n.º 5/1995 do *Consejo General del Poder Judicial* sobre a actuação judicial em matéria de cooperação jurisdicional. À luz da nova organização da Justiça de Paz não restam dúvidas que os Julgados de Paz poderiam e deveriam prestar cooperação jurisdicional, a quem a solicitasse, sobre actos de comunicação, embargos e demais actos judiciais, excepto, como atrás se disse, os que requerem intervenção do juiz do processo. No novo regulamento do *Consejo General del Poder Judicial* deverão constar, com clareza, as actuações concretas dos Julgados de Paz por via do auxílio judicial (actos de comunicação em geral – citações e notificações de sentenças, de requerimentos, entrega

de documentos pelas partes a terceiros, depósitos, remoções de depósitos, embargos, recolha de declarações de testemunhas, cumprimento de precatórias, etc.)[165].

O problema mais relevante dos Julgados de Paz, como já se referiu, de acordo com o Livro Branco, reside na carência de funcionários ao serviço da Administração da Justiça. Este problema é efeito e causa de outros problemas: efeito da existência de um grande número de Julgados de Paz, que torna economicamente inviável que todos tenham pessoal profissional com retribuição adequada, e causa do facto de os Julgados de Paz não poderem desempenhar as suas tarefas com normalidade nem atender com eficácia e correcção o auxílio judicial. Assim, se uma das reformas imprescindíveis é dotar os Julgados de Paz do pessoal em falta, reforma esta que colide com o elevado número de Julgados de Paz, uma solução realista deste problema passa, segundo o Livro Branco, pela adopção das decisões seguintes:

- Os Julgados de Paz que têm a sua sede em municípios com mais de 7.000 habitantes, considerando também a população de facto, flutuante e com uma realidade social e económica de certa complexidade, devem ser extintos, criando-se novos Julgados de Primeira Instância e de Instrução. Deste modo, modifica-se a actual demarcação judicial. Esta decisão terá outros efeitos positivos, designadamente: a aproximação dos órgãos jurisdicionais aos cidadãos e a análise de algumas das circunstâncias que condicionam a litigiosidade.
- Para os restantes Julgados de Paz, deveria proceder-se à constituição de agrupamentos de secretarias a que se referem a *Ley Orgánica del Poder Judicial* e a *Ley de Demarcación y Planta Judicial*. É uma medida caracterizada pela racionalidade e pelo melhor aproveitamento dos recursos

[165] Jaime de Lamo Rubio, secretário judicial e José Arturo Ortega Cifuentes, licenciado em direito, fazem o balanço do auxílio judicial da LEC 2000. Destacam que com a LEC 2000 se clarificou de forma ordenada e sistemática a actual regulação do auxílio judicial no âmbito jurisdicional civil, dando respostas legais a alguns dos problemas existentes. Entendem que a LEC 2000 adopta muitas das soluções que tinham sido ensaiadas na prática, com resultados eficazes, pelos diferentes órgãos judiciais intervenientes no auxílio judicial. No seu entender resolveu-se, finalmente, com a LEC 2000, a polémica sobre o âmbito da competência do auxílio judicial dos Julgados de Paz, optando-se pela sua redução drástica. Mas terminam o seu balanço com uma pergunta: qual a finalidade da actual tendência para constituir *Agrupaciones de Secretarías de Juzgados de Paz*, servidas por pessoal técnico (oficiais em funções de secretários do Julgado de Paz, auxiliares e agentes), se agora se lhes retira competência para as poucas tarefas técnicas que têm? (Rubio e Cifuentes, 2000).

disponíveis, pela sua eficácia e eficiência. Assim se garantiria que nos Julgados de Paz estejam funcionários judiciais ao serviço da Administração da Justiça. Os agrupamentos inspiraram-se em critérios de proximidade das populações e na facilidade das comunicações das populações que devem atender. Os agrupamentos deverão ser similares aos serviços comuns quanto à organização, funcionamento, actuação, selecção e formação do seu pessoal.

- Os juízes de paz deverão ser nomeados, como actualmente se passa, pelas *Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia*. As Câmaras levarão, junto deste órgão, três pessoas eleitas com o voto favorável da maioria absoluta dos seus membros. A licenciatura em direito deverá ser critério preferencial na escolha do juiz de paz. É ainda necessário estabelecer um novo estatuto de juiz de paz, atendendo à suas características profissionais, que regule adequadamente o procedimento da sua eleição, nomeação, retribuição (que deverá ser adequada às circunstâncias e exigências o cargo), dedicação e responsabilidades.
- A formação destes juízes deve estar a cargo do *Consejo General del Poder Judicial*, podendo haver planos de formação de âmbito provincial[166].

A figura do Juiz de Paz deve assim adequar-se à realidade actual. Não se pode pensar, segundo o referido Livro Branco, mais em juízes leigos, homens de boa vontade, que trabalhem *ad honorem* nos seus tempos livres, mas sim num juiz letrado, possuidor de uma bagagem jurídica que lhe permita desempenhar o seu cargo com dignidade sem ter que depender de nenhum outro emprego e que esteja integrado plenamente na carreira judicial (López, 1998: 77). O facto de os juízes da primeira instância terem uma carga de trabalho considerável e de, com frequência, as pessoas terem de se deslocar a diferentes localidades para cumprir diligências de menor complexidade, como notificações, cartas precatórias ou prestar declarações, transformou os juízes de paz num meio adequado para solucionar e despachar grande parte deste trabalho. Além disso, entende-se que se o juiz de paz for licenciado em Direito, poderá

[166] Alejandro Giraldo López entende que só quando os juízes de paz se profissionalizarem e forem peritos em leis poderão assumir muito melhor a sua função (1998: 50).

assumir funções de maior responsabilidade e desenvolver com mais eficácia os encargos de auxílio judicial que lhe sejam solicitados.

A barreira dos 7.000 habitantes não deve utilizada para estabelecer critérios de distinção no momento de resolver os problemas de estrutura e de meios. Há Julgados com sede em povoações com menos de 7.000 habitantes mas que por razões várias – população flutuante, zonas turísticas, configuração dispersa dos núcleos da povoação – sofrem importantes disfunções. Com a nova configuração destes Julgados, esses problemas deixariam de ter o impacto que hoje têm. Por isso, deve optar-se pela generalização dos agrupamentos de secretarias, devendo estas ser dotadas de funcionários do serviço da Administração da Justiça. A racionalização dos actuais recursos permitirá, num elevado grau, o cumprimento destas previsões. Quanto à sua selecção, nomeação e remuneração, devem reger-se pelas regras gerais. Como em alguns casos as Câmaras não cumprem, ou não podem cumprir, dada a reduzida verba das subvenções que recebem, a provisão de meios materiais e pessoais deve ser idêntica à que se processa nos restantes órgãos jurisdicionais.

O Julgado de Paz deve estruturar-se de acordo com o esquema geral comum a todos os órgãos jurisdicionais. O agrupamento de secretarias deve configurar um tipo de serviço comum, na dependência do juiz de primeira instância e instrução ou, se for o caso, do juiz decano da respectiva circunscrição judicial. Tal agrupamento permitirá um sistema ágil e discreto que resolverá muitos problemas. Será o juiz referido, conjuntamente com o funcionário que seja secretário do agrupamento, que apreciará o volume de trabalho e as necessidades concretas dos Julgados, realizando um plano de actividades e de deslocações que fará recair sobre a *Gerencia Territorial do Ministerio de Justicia*, ou no órgão equivalente das comunidades autónomas, os efeitos económicos decorrentes do dito plano. Para uma maior eficácia deste sistema organizativo, é necessário que a comunicação dos Julgados de Paz com outros órgãos judiciais, instituições, corporações ou terceiros se realize exclusivamente através da secretaria do agrupamento. A concepção dos agrupamentos de secretarias de Julgados de Paz, como um serviço comum, tem a grande vantagem de se poder aplicar os mesmos critérios quanto à organização, funcionamento, actuação, selecção e formação do seu pessoal. A plena informatização dos Julgados de Paz e a sua conexão com os

restantes órgãos judiciais facilitará ainda mais o exercício célere e competente das suas funções.

2.2. A "magistratura honorária": os Juízes de Paz em Itália

O Juiz de Paz é uma figura jurídica instituída pela Lei n.º 374, de 21 de Novembro de 1991. As suas funções tiveram início em Janeiro de 1993, com o objectivo de proporcionar ao cidadão a possibilidade de resolver, num curto espaço de tempo, conflitos cíveis e penais, de menor complexidade, no intuito de alcançar uma justiça mais imediata e concreta. A Lei n.º 468, de 24 de Novembro de 1999, veio alargar as suas competências em matéria penal.

Os juízes de paz vieram substituir os juízes conciliadores e, de acordo com a proposta do Ministro da Justiça, Giovanni Maria Flick, tomaram ainda o lugar dos *pretores*, visto possuírem competência penal e também civil (Vallini, 1996; Città di Desenzano del Garda. 2001). O Juiz de Paz não é um juiz profissional ou de carreira, é um "magistrado honorário", isto é, não tem uma carreira como o juiz togado. Ele é seleccionado entre pessoas com qualificações especiais que garantam, se não uma experiência específica de prática judicial, pelo menos um conhecimento básico da lei e dos problemas da administração da justiça para desempenhar o seu cargo, por um período de quatro anos. A nomeação é efectuada por decreto do Presidente da República, com prévia deliberação do Conselho Superior da Magistratura. O juiz de paz deve ter experiência em questões jurídicas, não apenas teóricas, mas também práticas. A figura recorda a do mediador, pois não está em causa a mera aplicação da norma legal, mas o alcançar de um acordo que as partes considerem satisfatório.

Os requisitos para ser juiz de paz são os seguintes: ser cidadão italiano, falar a língua italiana, gozar dos direitos civis e políticos, ser licenciado em direito, não ter sido condenado por nenhum crime, ser apto física e psiquicamente, ter residência numa das áreas jurisdicionais onde já existe um Julgado de Paz ou declarar vir a ter, ter idade entre 30 e 70 anos, não exercer qualquer actividade dependente, pública ou privada, e ter sido aprovado num exame de admissão à profissão forense. Deste exame são

dispensados aqueles que exerceram funções notariais, de chefia em secretarias ou de docência no ensino jurídico universitário (Rete Civica, 1998).

O ordenamento jurídico italiano assistiu, em 2000, ao crescimento progressivo do número de magistrados não profissionais. Em Abril de 2001 desempenhavam funções 9.376 "magistrados honorários", enquanto que a magistratura profissional contava com pouco mais de 8.000 juízes[167]. Recentemente, o decreto legislativo que disciplinou a instituição de um juiz único de primeiro grau introduziu a figura do juiz honorário do tribunal, recorrendo à legislação utilizada para o juiz de paz, pelo que se depreende que a experiência de juiz de paz pode estender-se a todas as figuras de magistrados honorários.

A importância social das funções de juiz de paz é evidenciada pelo número de processos ordinários tratados[168]. Em Itália, acede em média ao juiz de paz um cidadão por cada 75 habitantes, dos quais um em cada 231 por uma causa ordinária e um em cada 110 por procedimentos especiais (Vallini, 1996). A duração de cada processo decorreu num tempo médio de 124 dias, o que representa dez vezes menos do que seria necessário num tribunal clássico.

As funções de juiz de paz representam um instrumento para a realização da justiça quotidiana e de interesses difusos. Pretende-se qualificar o juiz de paz como juiz de equidade ou de conciliação, mas esta última representa, por ora, uma actividade secundária. Na base da sua criação está a intenção de descongestionar a justiça civil através de um processo simples, rápido, pouco dispendioso, de modo a facilitar e permitir o acesso dos cidadãos a uma justiça que, apesar de simplificada, não é menos rigorosa que a praticada nos tribunais clássicos (Giudice di Pace di Alba, 2001). De acordo com Gracia Mannozzi (2001: 8), o objectivo de redução das pendências e da duração dos processos cíveis foi já conseguido.

O juiz de paz tem funções em matéria cível e penal. Em matéria cível exerce uma função imbuída do espírito conciliatório, entre as partes interessadas, sem qualquer

[167] Os juízes honorários em serviço são 2.900 juízes de paz, 2.371 vice-pretores, 1.465 vice-procuradores, 959 juízes jovens, 287 técnicos especialistas em vigilância, 294 técnicos especialistas em questões agrárias e outros 1.000 agregados a sessões de recrutamento (Democratici di Sinistra, 1998).

[168] Cerca de 328.000 processos ordinários tratados em 1997.

limite de valor e de matérias, desde que não sejam de competência exclusiva de outros juízes. Incluem-se nestas matérias as questões relacionadas com o direito do trabalho, de família, entre outras. Detém igualmente competências para decidir dos recursos sobre a aplicação de uma sanção administrativa (multa). Pelo decreto legislativo n.º 507/1999, foi dada a possibilidade aos automobilistas para, no caso de considerarem ter sido multados injustamente, recorrerem para os Julgados de Paz, tal como no passado faziam em relação ao *Perfeito.*

A Lei n.º 374, de 21 de Novembro de 1991, modificou o artigo 7.º do *Codice di Procedura Civile*, de forma a resolver, através de mediação, as controvérsias que opõem os cidadãos, ou seja: promover tentativas de conciliação em sede não contenciosa; decidir com funções jurisdicionais em tudo análogas às de um juízo de um tribunal; e executar um requerimento de injunção do qual consta a condenação numa soma de dinheiro – é um procedimento abreviado baseado em prova documental.

Os juízes de paz têm competência para resolver os seguintes litígios: causas sobre bens móveis de valor não superior a 5.000.000 de liras, quando estas causas não são atribuídas a outro juiz; acções de indemnização relativas a acidentes causados por circulação de veículos e embarcações (marítimas ou fluviais) com valor não superior a 30.000.000 de liras; em acções referentes a plantação de árvores e arbustos e questões de condomínio, de forma exclusiva e sem limite de valor; e causas apresentadas por um proprietário ou um locatário de um imóvel sujeito a uma arbitragem cível relativa à emissão de fumo ou de calor, produção de ruídos, escoamento e propagações similares superiores ao legalmente admitido. Quando o valor da controvérsia não ultrapassar os 2.000.000 de liras, o juiz de paz deve decidir de acordo com a equidade, tal como dispõe o ordenamento jurídico; caso ultrapasse esse valor, decide segundo o direito.

Nos casos em que o juiz de paz consegue a colaboração das partes, a controvérsia é dirimida, evitando-se assim uma acção judicial, mais longa, desgastante e dispendiosa. Se a tentativa de conciliação não resulta, podem ainda as partes dirigir-se ao juízo competente, em sede judiciária, assistidas por um advogado (Pantaleoni, 1999).

Os cidadãos italianos devem recorrer ao juiz de paz da localidade onde ocorreu a infracção. Levar um assunto à apreciação do juiz de paz não implica o pagamento de qualquer quantia nem o acompanhamento por advogado – o cidadão pode apresentar-se

sozinho ou acompanhado por uma associação, designadamente de consumidores. Para propor uma acção, o interessado deve dirigir-se ao local onde funciona o *Giudice di Pace*. Falará com o juiz, ao qual explica a situação, que então decide se o caso se enquadra no âmbito da sua competência, quer do ponto de vista territorial, quer material. No caso de incompetência, encaminhará para o juízo competente. Se for competente, haverá lugar à audiência, apresentando-se o ofendido no Juízo que reduz a escrito o pedido oral, visto que a acção pode ser instaurada oralmente. Nas causas cujo valor não exceda 1.000.000 de liras, as partes podem recorrer ao Juízo pessoalmente. Nos demais casos, é necessária a presença de advogado[169].

Na primeira audiência, o juiz de paz interroga livremente e procura chegar à conciliação entre as partes. Quando se chega a consenso, o juiz redige um termo de conciliação com base no acordo verbal, e a lide termina. Uma vez terminada a instrução e recolha da prova, convida as partes a precisar definitivamente os factos que cada um julga como fundamento do processo (defesa e excepções), a produzir os documentos e a procurar os meios de prova.

No seguimento das orientações de política legislativa geral do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001, que incentiva o recurso à mediação e o reconhecimento do direito das vítimas a ser informadas sobre os procedimentos criminais, entrará em vigor, em 2 de Janeiro de 2002, uma lei que alarga as competências dos Julgados de Paz em matéria penal, introduzindo, também, pela primeira vez, uma referência expressa à mediação. Esta lei introduz uma lista de sanções – multas, prisão domiciliária, serviço à comunidade – apenas a aplicar a delitos que estejam abrangidos na competência do Julgado de Paz e que se aplicam no caso de a tentativa de resolução do conflito através de mediação ou reparação não ter êxito. Na competência dos Julgados de Paz estão abrangidos alguns delitos, uns regulados pelo Código Penal, outros por leis especiais, designadamente assaltos, ameaças e injúrias[170]. Será a experiência a recomendar ou não o alargamento futuro de tais competências.

[169] Cfr. Città di Desenzano del Garda. http://www.onde.net/desenzano/comune/servizi/giudice.htm.

[170] Segundo Grazia Mannozzi, os delitos para os quais os Julgados de Paz terão competência correspondem a 12% a 14% dos delitos que constam do Código Penal, praticados durante um ano – estes dados reportam-se às informações estatísticas dos últimos cinco anos (2001: 8).

Esta lei inclui ainda uma originalidade ao consagrar uma resposta "flexível" ao crime, dado que o juiz de paz pode optar por três alternativas: conciliatória/mediadora; puramente mediadora; e punitiva. No caso de o juiz de paz escolher a alternativa punitiva, a suspensão condicional da punição não é admitida para garantir a eficácia da sanção que tenha sido aplicada (Mannozzi, 2001: 8). As soluções possíveis para o Julgado de Paz podem ser determinadas segundo os seguintes parâmetros:

- *Mediação com o objectivo da reconciliação das partes* – o artigo 29.º da nova lei permite que o juiz de paz possa promover directamente a reconciliação entre as partes. As condições para tal são: ser crime particular; a vítima tem de ter um papel activo; o juiz pode suspender a instância por dois meses para permitir a realização da mediação, agindo como mediador ou encaminha o processo para um mediador externo[171]; no processo, o efeito da mediação é a desistência da queixa e a extinção do delito; no caso de a mediação se frustrar, as partes têm a garantia de as declarações que prestaram durante o processo de mediação não poderem ser usadas na apreciação da causa.
- *Absolvição resultante da insignificância do facto* – este princípio já estava plasmado na lei italiana desde o final dos anos 80, como uma forma de determinar o julgamento contra delinquentes juvenis. As condições cumulativas para que se verifique esta absolvição são as seguintes: que o dano causado pelo delito seja de pouca gravidade; que do registo criminal do delinquente não conste a prática de crimes graves; que o grau de culpa seja leve; e que a sanção tenha um efeito prejudicial para o trabalho, estudos, família ou saúde do delinquente. O juiz tem aqui grande margem de discricionaridade na avaliação das condições em que decreta a absolvição dada a insignificância dos factos quando o pedido é formulado pelo Ministério Público. O juiz de paz tem a possibilidade de, autonomamente, reconhecer a existência das condições que se referiram acima, mesmo que o Ministério Público tenha decidido promover a acusação. A vítima dispõe de

[171] Uma das novidades mais importantes da nova lei consiste mesmo na possibilidade de o juiz de paz agir como mediador ou de recorrer a mediadores externos (Mannozzi, 2001: 8).

um poder de veto – o juiz ordena que o processo siga os seus trâmites de acordo com as regras gerais, no caso de a vítima nisso manifestar interesse. Está excluída, nesta segunda possibilidade, a acusação pública.

- *As partes podem opor-se ao que for determinado pelo juiz*. O juiz apenas pode reconhecer a insignificância dos factos se a vítima e o agente não se opuserem.
- *Extinção do procedimento criminal em resultado de uma conduta reparadora*. No artigo 35.º prevê-se a possibilidade de recurso à mediação. Esta é uma das novidades da lei que, nas palavras de Grazia Mannozzi, reconhece de forma adequada o significado da justiça reparadora ou restaurativa. As condições para a extinção do procedimento criminal em virtude de uma conduta restaurativa consistem em o agressor, antes de ser presente a tribunal, manifestar que pretende proceder à reparação do dano (restituição e compensação) e eliminar os efeitos danosos e perigosos da sua conduta. O juiz tem o poder de: verificar se a reparação do dano satisfaz, de forma adequada, as exigências de censura e prevenção; e suspender a instância por um período até três meses, para permitir ao agente ressarcir a vítima e suprimir as consequências perigosas ou danosas da sua conduta. A vítima tem o direito de ser ouvida antes da extinção do procedimento criminal. O efeito processual é a extinção do procedimento criminal.

A lei que instituiu a competência penal dos Julgados de Paz, em Itália, legitimou "um modelo penal aberto à justiça reparadora, pela primeira vez expressamente facultando a possibilidade de recorrer à mediação entre vítima-agressor e reconhecendo que um comportamento reparador é um meio próprio para extinguir o procedimento criminal" (Mannozzi, 2001: 9).

3. A Justiça de Paz: as experiências em língua portuguesa

3.1. Brasil

3.1.1. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais

A procura de uma justiça mais informal[172] levou à criação, no Brasil, dos Juizados de Pequenas Causas, que recorrem ao instituto da conciliação prévia com o fim de evitar a instauração do processo. A partir dos anos 80 começaram a ser discutidas medidas para atenuar a apelidada "crise do judiciário". Ao Ministério da Desburocratização se deveu então a iniciativa que, em 1983, originou a primeira medida: a criação a título experimental, no Rio Grande do Sul, de um Conselho Informal de Conciliação.

Os Juizados Especiais de Pequenas Causas criados no Brasil pela Lei n.º 7.244, de 7 de Novembro de 1998, foram precedidos pelos Juizados Informais de Conciliação em diversas cidades do Estado de São Paulo. O êxito da iniciativa fica claramente demonstrado pelo número de juizados criados e instalados (em 1999): 759 Juizados em todo o Brasil, onde desempenham funções 1.170 juízes (Faisting, 1999: 45).

No entanto, surgiram vozes críticas que viam nos juizados uma justiça de segunda classe, a designada justiça dos pobres. Os defensores da lei argumentavam que não se tratava de duas justiças, uma para ricos, outra, pior, para pobres, mas que o que estava em causa era "racionalizar a prestação jurisdicional distinguindo causas cíveis complexas e causas cíveis simples" (Faisting, 1999: 45).

A designação de Juizados de Pequenas Causas foi alterada através da Lei n.º 9.099, de 26 de Setembro de 1995, em virtude de, como alertou Herkenhoff (*in* Faisting, 1999: 45), a Constituição Brasileira se referir a causas cíveis de menor complexidade e

[172] Era imprescindível encontrar novos meios de resolução dos conflitos, devido às mudanças na forma de sociabilidade e de conflitualidade dos novos conflitos de interesse, que ameaçam a vida social. Os tribunais não conseguem responder à demanda que cresce em intensidade e em complexidade, o que provoca insatisfação, desconfiança e descrédito na justiça (Faisting, 1999).

não em causas de menor valor económico, propondo que se designassem antes de *Juizado de Causas Cíveis de Menor Complexidade* e de *Juizado Criminal de Infracções de Menor Potencial Ofensivo*. Esta lei criou então os Juizados Especiais Cíveis e Criminais que são "órgão da Justiça Ordinária" a criar "pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas da sua competência"[173]. Embora partisse dos mesmos fundamentos da lei anterior, veio acrescentar algumas novidades, nomeadamente no alargamento do valor das acções para 40 salários mínimos, na obrigatoriedade da presença de advogado nas causas entre 20 e 40 salários mínimos, no alargamento das suas competências à área criminal e na obrigatoriedade da existência destes órgãos nos Estados. Esta lei operou "uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro", não se limitando a importar soluções de outros sistemas jurídicos, mas "cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual" (Grinover, 1996: 16).

De acordo com a lei, os juizados devem pautar a sua actuação pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tentando, sempre que possível, a conciliação ou a transacção (artigo 2.º)[174]. Cada juizado dispõe de um serviço de assistência judiciária para prestar atendimento à população em geral e funcionar como advogado em certas situações. Pinheiro Carneiro refere que é grande o afluxo de pessoas aos Juizados Especiais, o que não é de estranhar, dado ser vasto o número de causas para as quais têm competência, além de poderem operar a conciliação em causas de outra natureza. De forma a permitir uma melhor produtividade o legislador brasileiro procura incentivar o recurso a equivalentes jurisdicionais, sobretudo a conciliação, uma das metas por excelência dos juizados, e a arbitragem. O Ministério Público deverá manter nos juizados um órgão de execução, para verificar se são cumpridas as finalidades que estiveram na base da sua criação (Carneiro, 2000: 110 e ss.).

O legislador pretendeu garantir o princípio da acessibilidade através da regionalização da justiça, pois com a descentralização esta tornou-se mais próxima, menos misteriosa e, como tal, mais humana. Cabe à lei estadual regular a organização,

[173] Artigo 1.º da Lei n.º 9.099/95, de 26 de Setembro.

competência e composição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Os serviços de cartório podem ser prestados e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou em cidades pertencentes à Comarca, ocupando prédios públicos (artigos 93.º e 94.º). A descentralização da justiça nos bairros, com a criação de tribunais especiais para o julgamento de causas de diminuta complexidade e com serviços de assistência judiciária, implica que os juizados sejam pólos de informação de direitos, pondo cobro à desinformação jurídica e facilitando o acesso de classes menos favorecidas à justiça. A lei permite que normas locais de organização judiciária estendam a competência dos juizados à conciliação de causas para as quais não teriam originariamente competência, permitindo deste modo um acesso mais amplo por parte dos cidadãos e possibilitando que a justiça de bairro seja o local de resolução amigável de todos os problemas da comunidade em questão (Carneiro, 2000: 105-106). De acordo com Juan Carlos Vezzula, presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 70% dos conflitos submetidos aos Juizados são resolvidos na fase da conciliação, cerca de 20% são sanados pelos juízes leigos e apenas 10% transitam apara o juiz togado (*in* Público de 20/03/2001).

O objectivo dos Juizados Especiais é a aproximação da justiça dos cidadãos. Para o efeito, alguns dos Juizados funcionam em centros comerciais e até em autocarros. Nestes últimos, lê-se, onde geralmente está o destino do transporte público, "Juizado Itinerante" e no sítio ocupado pelas cadeiras de passageiros funciona uma sala de audiências e duas salas de conciliação. No caso de se tratar de "justiça volante", para resolver litígios decorrentes de acidentes de trânsito, o autocarro está equipado com um computador e uma impressora, podendo ficar decidido no próprio local qual a parte culpada pelo acidente. Isto com o apoio de uma máquina fotográfica digital e de um *croquis* feito por um perito que segue no autocarro. As partes chegam com frequência a acordo, que é então enviado por fax para homologação judicial (Público de 09/04/2001).

O legislador incentivou, no Brasil, a participação popular nos juizados especiais, quer na conciliação, quer como juiz leigo, com competência para dirigir a instrução e julgamento, sob a supervisão do juiz togado, e para proferir decisão, posteriormente

[174] Todos os artigos que se indicam a partir deste ponto, sem referência ao diploma legal, reportam-se à Lei n.º 9.099/95, de 26 de Setembro.

homologada pelo juiz togado. Os juízes leigos podem ainda actuar como árbitros com poderes idênticos aos do juiz togado, podendo decidir por equidade. Essa participação popular na administração da justiça será, nas palavras de Pinheiro Carneiro (2000), tanto mais proveitosa quanto mais as pessoas do próprio bairro, conhecidas dos membros da comunidade em que o juizado se situe, colaborem, sobretudo na conciliação. Os conciliadores são recrutados entre as pessoas da comunidade, com preferência para os bacharéis em direito. Os juízes leigos são recrutados entre os advogados que preferencialmente tenham mais de 5 anos de experiência (artigo 7.º). Estabelece o mesmo dispositivo que os juízes leigos ficam impedidos de exercer advocacia, perante os Juízes Especiais, enquanto estiverem no desempenho das suas funções.

André Luiz Faisting (1999) refere que para o conciliador as maiores dificuldades prendem-se com a eventual confusão que pode fazer entre o seu papel e o do juiz e, em consequência, não desempenhar satisfatoriamente nenhuma das duas funções: como conciliador corre o risco de inconscientemente impor um acordo pela ameaça latente do seu poder de decidir; como juiz, pode ser levado a permitir que o seu esforço de conciliação subverta o mandato de aplicador da lei. Este risco de que os conciliadores incorrem, provocado pela socialização a que são sujeitos na lógica da justiça formal de decisão, típica da sua formação em direito, implica o que denomina "dilema da *dupla institucionalização* do Poder Judiciário", por se criarem formas distintas de prática judiciária.

André Faisting entende assim que com a instalação dos juizados no Brasil se criou "um processo de *dupla institucionalização* do Poder Judiciário" (1999: 43), ou seja, a coexistência de duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também elas diferentes. Uma "visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e a outra busca a aplicação da justiça por meio do poder de decisão do juiz" (1999: 44). Tais lógicas representam uma tensão entre a justiça formal de decisão e a justiça informal de mediação, as duas formas que assume a justiça dos nossos dias (1999: 43-44).

A *dupla institucionalização*, segundo Faisting, dá assim azo a um dilema para os juízes e para os conciliadores na escolha da prática judiciária, visto a formação e socialização de ambos ser feita no âmbito de uma lógica formal que valoriza o poder de

decisão do juiz. Por essa razão correm o risco de reproduzir na justiça informal os procedimentos que caracterizam a justiça formal.

3.1.2. Os Juizados Especiais Cíveis: conciliação e juiz arbitral

Os Juizados Especiais Cíveis têm, nos termos do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 9.099/95, competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis que apresentam menor complexidade, a saber: as causas que não ultrapassem 40 vezes o salário mínimo, a acção de despejo para uso próprio, as acções possessórias sobre bens imóveis de valor até 40 salários mínimos, entre outras elencadas no Código de Processo Civil (artigo 275.º, II). Compete ainda aos Juizados Cíveis promover a execução dos títulos executivos extrajudiciais, cujo valor seja até 40 vezes o salário mínimo. Não têm competência para as causas de natureza alimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, para os acidentes de trabalho, para os processos relativos ao Estado ou a capacidade das pessoas, mesmo que com cariz patrimonial. No caso de a parte submeter o seu assunto ao Juizado Cível, terá de renunciar ao crédito excedente do limite acima referido, excepto no caso de conciliação.

A competência territorial está estabelecida na lei (artigo 4.º), prevendo-se a competência do juizado do domicílio do réu ou, se o autor assim entender, do local onde o réu exerça actividades profissionais ou económicas ou do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita. Nas acções para a reparação de dano, o Juizado deve ser o do domicílio do autor ou do local do facto ou acto. O litisconsórcio também é admitido (artigo 10.º).

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para as apreciar e para atribuir especial valor às regras de experiência comum e técnica. A decisão tomada pelo juiz será, em cada caso, a que considerar mais justa e equitativa, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (artigos 5.º e 6.º).

Nos Juizados Especiais Cíveis não podem ser partes os incapazes, os presos, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, as massas falidas e os insolventes civis. Apenas as *pessoas físicas* podem propor acções, desde que maiores

de 18 anos. No caso de o cidadão reclamar contra uma empresa ou contra outrem que esteja acompanhado por um advogado, poderá ser-lhe nomeado um advogado para patrocinar a sua causa. Nos juizados apenas haverá lugar ao pagamento de custas no caso de faltas a audiências, se a parte perder a causa ou se recorrer e perder o recurso. Mesmo nestas situações, em caso de impossibilidade financeira, o cidadão não terá que pagar as custas.

Os actos processuais são públicos e podem decorrer em horário nocturno (artigo 12.º). Apenas os actos considerados essenciais serão registados, de modo resumido, em notas manuscritas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais actos podem ser gravados em fita magnética ou em equivalente a inutilizar após o trânsito em julgado da sentença (artigo 13.º).

O processo de execução por quantia certa de sentença transitada em julgado pode ter início por solicitação verbal do interessado, dispensando nova citação. A lei pretendeu garantir a utilidade prática das sentenças condenatórias à obrigação de fazer ou de não fazer, podendo o juiz, na fase de execução, aplicar uma multa diária para o caso de incumprimento.

A propositura de uma acção cível junto dos Juizados Especiais é efectuada através da apresentação de um pedido, por escrito ou oralmente, na Secretaria do Juizado (neste último caso o funcionário do juizado reduzirá a reclamação a escrito). Do pedido terá de constar o nome, a profissão e endereço das partes, os factos e seus fundamentos, o objecto e o valor (artigo 14.º). É permitida a aceitação do pedido genérico nos casos em que não é logo determinável a extensão da obrigação, bem como de pedidos alternativos ou cumulados, desde que conexos e que a soma não exceda a alçada dos Juizados Especiais[175]. Após o registo do pedido, a Secretaria marca a data e hora para uma sessão de conciliação, que ocorrerá no prazo de 15 dias. Se então comparecerem ambas as partes, tem lugar a sessão de conciliação, sendo dispensado o registo prévio de pedido e a citação. No caso de haver uma nova reclamação, desta feita do réu contra o autor, pode ser dispensada a contestação formal, sendo ambos os pedidos apreciados na mesma sentença (artigos 16.º e 17.º).

[175] Cfr. O "abc dos Juizados Especiais Cíveis" publicado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios..

A citação é feita por correio, com aviso de recepção. Tratando-se de pessoa colectiva a citação é feita na pessoa do encarregado da recepção, que será identificado. Não se procede a citação edital. Se uma parte comparecer espontaneamente será suprida a falta ou nulidade da citação (artigos 18.º e 19.º). Se o demandado não comparecer à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, são tidos como verdadeiros os factos alegados no pedido inicial, excepto se da convicção do juiz decorrer o contrário (artigo 20.º).

Uma vez aberta a sessão de conciliação, o juiz togado ou leigo procede ao esclarecimento das partes presentes acerca das vantagens da conciliação e os riscos e consequências do litígio. Alcançada a conciliação, esta é reduzida a escrito e homologada pelo juiz togado através de sentença dotada de força executiva (artigo 22.º). Se o demandado não comparecer, o juiz togado profere a sentença. Se não for atingida a conciliação as partes podem, de comum acordo, optar pelo juiz arbitral, nos termos do disposto no artigo 24.º. Cabe então às partes escolher o árbitro, entre os juízes leigos. O árbitro conduzirá o processo de acordo com os mesmos critérios do juiz, podendo decidir por equidade. No final da instrução, ou nos 5 dias seguintes, o árbitro apresenta o laudo ao juiz togado para homologação por sentença que é irrecorrível (artigos 24.º e 25.º).

Na hipótese de a conciliação não ter tido sucesso e as partes não terem optado pelo juiz arbitral, procede-se de imediato (ou nos 15 dias seguintes) à audiência de instrução e julgamento, desde que não decorra qualquer prejuízo para a defesa. Na audiência de instrução e julgamento as partes são ouvidas, a prova é produzida e, por último, a sentença é proferida. A contestação pode ter lugar, quer sob a forma oral, quer escrita e versar sobre toda a matéria de defesa, com excepção da arguição de suspeição ou impedimento do juiz. O réu pode, na contestação, formular um pedido em seu favor desde que se baseie nos mesmos factos objecto da controvérsia (artigos 30.º e 31.º).

Nos Juizados Especiais Cíveis são permitidos todos os meios de prova "moralmente legítimos" (excepto a prova pericial, por acarretar necessariamente atrasos no processo), porém é dada preferência às regras de experiência comum ou técnica. O juiz pode ouvir até três testemunhas por cada parte, cabendo à parte que as arrolou apresentá-las. A prova oral não é reduzida a escrito, já que a sentença deve referir os

dados recolhidos nos depoimentos. A instrução pode ser dirigida por um juiz leigo sob a supervisão de um juiz togado (artigos 32.º a 37.º). Da sentença constam os elementos de convicção do juiz, sendo resumidos os factos relevantes ocorridos durante a audiência. Não é admitida sentença condenatória por quantia ilíquida mesmo que o pedido seja genérico. A sentença é ineficaz na parte que exceder a alçada estabelecida para os Juizados (artigos 38.º a 40.º).

O direito ao recurso é assegurado após a sentença (com efeito devolutivo, podendo o juiz dotá-la de efeito suspensivo para evitar dano irreparável para a parte), que será apreciado pela *Turma Recursal dos Juizados Especiais,* um conselho de juízes da comarca, composto por três juízes togados em exercício no primeiro grau de jurisdição. No recurso as partes deverão ser assistidas por um advogado, podendo ser interposto no prazo de 10 dias após a data em que a parte tomou conhecimento da sentença, havendo para o efeito que pagar custas processuais[176] (artigos 41.º a 45.º). O julgamento em segunda instância constará da acta "com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão" (artigo 46.º). Pode haver embargos de declaração, a interpor por escrito ou oralmente, se a sentença ou acórdão for obscura, contraditória ou omissa. Se forem interpostos embargos contra a sentença, estes suspendem o prazo do recurso.

A Lei n.º 9.099/95 estabelece alguns casos em que o processo se extingue sem julgamento de mérito, que são os casos, entre outros: quando o autor deixa de comparecer a alguma das audiências do processo, quando é reconhecida a incompetência territorial, quando o réu tiver falecido e quando o autor não promover a citação dos sucessores no prazo de 30 dias (artigo 51.º).

A execução da sentença processa-se no próprio Juizado, sendo aplicado subsidiariamente o disposto no Código de Processo Civil (artigos 54.º e 55.º). Na execução de título executivo extrajudicial podem ser adoptadas as mesmas alternativas

[176] A lei manifesta preocupação com o comportamento ético das partes, quer por permitir a condenação do litigante de má fé em custas e honorários devidos a advogados, quer, no processo de execução, por prever o pagamento de custas. A parte vencida que não cumpra a sentença em que foi condenada incorre numa forma de litigância de má fé não prevista na legislação ordinária, a designada "malícia do devedor na execução do julgado".

estabelecidas para a execução da sentença em geral, devendo sempre ser realizada audiência de conciliação antes do oferecimento de eventuais embargos do devedor. No processo de execução não haverá lugar ao pagamento de custas, excepto no caso de litigância de má fé, improcedência de embargos do devedor ou no caso de se tratar de uma execução de sentença que tenha sido alvo de recurso *improvido* do devedor.

André Faisting (1999) analisou o funcionamento de um Juizado Especial de Pequenas Causas, em São Carlos, em funções desde 1993. Neste Juizado prestam funções os seis juízes da Comarca, um dos quais é o responsável pela parte administrativa do juizado. Conta também com a instância de recurso, o Colégio Recursal, composta pelos próprios juízes da comarca que, se necessário, reúne uma vez por semana. A análise dos dados disponíveis de 1993 a 1995 permite constatar que o juizado está a atender cada vez mais pessoas, cumprindo, portanto, o objectivo de ampliar o acesso à justiça. Contudo, os profissionais do juizado alertam que se a capacidade deste não for ampliada, corre-se o risco, sobretudo após a Lei n.º 9.099/95, que implicou um alargamento das competências, de se importar os problemas da justiça formal, isto é, a morosidade na resolução de litígios.

O autor apercebeu-se, através da análise dos dados, que quanto mais se avança nas etapas do juizado, menos o acordo é alcançado. Isto é, há maior probabilidade de obter acordo no início do processo, facto que se explica pelas diferentes finalidades das duas fases: na primeira, dirigida pelo conciliador, visa-se um acordo entre as partes, através da conciliação; na segunda, apesar de o juiz tentar o acordo entre as partes, se o não conseguir, utilizará o seu poder de decisão para sentenciar o processo. Dos litígios submetidos ao juizado, 46,3% terminaram em acordo entre as partes. Faisting alerta, no entanto, que não significa que o caso tenha ficado encerrado, visto que muitos processos que alcançam acordo retornam ao Juizado por falta de cumprimento. É esta a principal reclamação que os profissionais detectam. Nos demais processos, 31,2% não chegaram à sessão de conciliação ou foram extintos, 10,7% não alcançaram acordo, a 7,9% foi aplicada sentença à revelia e em 3,5% dos processos as audiências tiveram de ser marcadas para outra data. A grande maioria dos processos – 97,3% – é relativa a condenações em dinheiro: são processos referentes a acidentes de trânsito, prestação de serviços, questões entre inquilinos e proprietários, cobranças, reclamações de

mercadorias entregues com defeito ou fora do prazo. De notar que 25% dos autores e que 17,5% dos réus são comerciantes. Apenas 17,5% dos autores são profissionais liberais de nível superior ou empresários e só 10% dos réus são empresários de médias empresas. Em regra os autores e os réus são oriundos do mesmo grupo profissional ou de estatuto muito próximo.

André Faisting (1999) revela ainda que o tempo médio de duração das audiências de conciliação foi muito curto, pois os processos que obtiveram acordo na sessão de conciliação demoraram cerca de 19 dias. Já nos casos em que não houve acordo e a acção seguiu para audiência de instrução e julgamento o processo foi mais longo, sendo submetido a procedimentos formais e burocráticos idênticos aos da justiça comum, ao arrepio dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual que norteiam os Juizados. É de realçar que nas audiências em que não há representação de advogado se denota mais segurança e liberdade, quer das partes, quer sobretudo dos conciliadores, exercendo assim maior pressão simbólica junto dos litigantes no sentido de alcançarem um acordo. As audiências em que ambas as partes se fazem acompanhar por advogado caracterizam-se pela baixa participação do conciliador como elemento central da conciliação e, também, pela competição profissional entre os advogados, razões pelas quais a maioria dos mediadores questionados prefere que não estejam presentes advogados.

O autor deste estudo refere que é notória a falta de treino dos conciliadores. Considera, deste modo, que é necessária a criação de uma nova identidade profissional, acrescentando que ao estarem perante "situações que envolvem relações sociais cada vez mais dinâmicas e complexas, os juízes apostam na conciliação como solução para muitas demandas. Mas o fato é que eles não foram preparados para serem conciliadores, uma vez que são formados e socializados em uma cultura institucional baseada no poder de decidir. O risco, portanto, é o predomínio da lógica formal de decisão num ambiente no qual deveria vingar a lógica informal de mediação" (Faisting, 1999: 51). Na sua opinião, apesar do "discurso em favor da postura conciliatória, os magistrados nunca deixam de exercer também o poder de decisão característico da sua função" (1999: 51). Com a explosão da litigação aumentou o número de litigantes e diversificaram-se os

tipos de litígios, o que implicou dificuldades para os magistrados, que em parte são colmatadas pela conciliação.

3.1.3. Os Juizados Especiais Criminais – o modelo consensual de justiça criminal

Os juristas brasileiros desde há bastante tempo reclamavam a existência de um processo penal mais completo e actual, que permitisse tutelar todos os direitos, isto é, um processo que garantisse a utilidade das decisões, em suma, um "processo de resultados". Apelavam para as vantagens de um procedimento oral, como a concentração, a imediação, a identidade física do juiz, que implicam uma melhor apreciação da prova e "um convencimento efectivamente baseado no material probatório colhido e nas argumentações das partes. Percebeu-se também que a celeridade acompanha a oralidade, levando à desburocratização e simplificação da justiça" (Grinover *et al*., 1996: 9).

A ideia de participação popular na administração da justiça vai avançando e abrindo caminho na coutada fechada da administração da justiça, a cargo de órgãos apenas estatais, e apela ao envolvimento da sociedade na resolução dos conflitos, conforme nossa proposta no Capítulo I. A tendência para a revitalização das vias conciliatórias estava também a sedimentar-se, dada a aliciante possibilidade de atingir uma solução que não se preocupasse tão-só com a resolução do conflito, mas também com a lide social, que é mais abrangente do que a apreciada pelo tribunal e que, de facto, pode conduzir à pacificação social. Era então urgente repensar a função do juiz que deixaria de ser apenas quem resolve a controvérsia, para ser também um mediador de conflitos. A vítima, que até então fora relegada para um plano secundário, se não mesmo esquecida, viu surgir vozes preocupadas em seu torno.

Todos estes aspectos denotam um alteração saudável no sentido da desformalização do processo, imprimindo-lhe rapidez, eficiência, maior proximidade da sociedade, assim como desformalização dos conflitos, que passaram a poder ser resolvidos por instâncias alternativas como a conciliação.

Houve algumas propostas, designadamente o Anteprojecto de José Frederico Marques, a Lei n.º 7.244/84, de 07 de Novembro e a Constituição de 1988, que no seu artigo 98.º determinava a criação, na União e nos Estados, de "Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infracções penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transacção e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau". Para cumprir o disposto na lei constitucional era necessário promulgar uma lei federal (só à União cabe legislar em matéria penal e processual). Mesmo antes da promulgação da Lei n.º 9.099/95, Estados como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba criaram Juizados Especiais Criminais, através de leis estaduais que continuam a funcionar com regularidade, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter decidido que a criação de Juizados Criminais pelos Estados dependia de lei federal, pelo que era inconstitucional a norma estadual que outorgara competência penal a Juizados Especiais.

No decurso dos trabalhos da Assembleia Constituinte, pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, dois juízes de São Paulo (Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva) apresentaram na Associação Paulista de Magistrados uma minuta do Anteprojecto da lei federal, da sua autoria. Após a promulgação da Constituição, o Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, juiz Manoel Veiga de Carvalho, constituiu um grupo de trabalho com o fim de analisar o Anteprojecto. O grupo era constituído pelos juízes Antônio Carlos Viana dos Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves, além da professora Ada Pellegrini Grinover que solicitou a colaboração dos Procuradores da Justiça Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. O Anteprojecto foi também discutido pela Ordem dos Advogados do Brasil e recebeu aperfeiçoamentos de representantes de todos os operadores judiciários e dos cidadãos em geral. Teve então início a tramitação legislativa (Grinover *et al*., 1996: 12).

Quando por fim surgiu a Lei n.º 9.099/95, de 26 de Setembro, relativa à criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, esta foi recebida com surpresa, pois operou

"uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) que quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da acção penal" (Grinover *et al*., 1996: 18). Os operadores judiciários tiveram de aprender a conviver também com o princípio da discricionaridade na acção penal pública e a abrir espaço para o consenso. Ao lado do princípio da verdade material passou a existir também, após 1995, "a verdade consensuada" (Grinover *et al.*, 1996: 18). Pretendeu-se testar um novo paradigma da justiça criminal baseado no consenso, que tem como preocupação não apenas a decisão do caso mas também a solução para o conflito. O modelo político-criminal brasileiro, sobretudo desde 1990, caracterizava-se pelo endurecimento das penas, pelo corte de direitos e garantias fundamentais, por novas tipificações e agravamento da execução penal, tudo isto consequência do enorme crescimento da criminalidade, que reclamava a adopção de políticas criminais duras, políticas essas que eram postas em prática pelo poder político. Ora, com esta lei de 1995, os operadores do direito, além de se prepararem para a correcta utilização da lei, devem estar igualmente preparados para desempenharem o papel de impulsionadores da conciliação no âmbito penal, com base nos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

De modo a desenvolver os referidos princípios refere-se que a possibilidade de aplicação imediata de uma pena não privativa da liberdade, mesmo antes de ter sido proferida acusação, que significa, para além do rompimento com o tradicional brocado *nulla poena sine judicio*, a aplicação da pena com o acordo do réu sem antes ser discutida a questão da culpabilidade. Isto não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem reconhecimento da responsabilidade civil, nem está ferida de inconstitucionalidade, visto que a Constituição permite a transacção penal para as infracções penais de menor potencial ofensivo, ficando o legislador federal livre para impor parâmetros em que é permitido o acordo em matéria penal (Grinover *et al.*, 1996: 13).

Uma inovação da lei brasileira, que se deve à experiência positiva da participação popular nas pequenas causas cíveis, é a actuação de conciliadores leigos na transacção penal e, no caso de as leis estaduais assim disporem, a intervenção do juiz leigo em certas funções jurisdicionais. É ainda notória, nesta lei, a preocupação que a vítima suscita. Afirma-se inclusive que a vítima foi redescoberta, pois este sistema

preocupa-se com a reparação dos danos: tratando-se de infracções penais da competência dos juizados criminais a composição civil pode mesmo implicar a extinção da punibilidade.

A transacção civil efectuada num processo penal, homologada pelo juiz é, na maioria dos casos, causa extintiva da punibilidade, o que também representa uma inovação no sistema em análise. A oralidade e seus corolários é uma nota característica do *procedimento sumaríssimo* das infracções penais de menor potencial ofensivo introduzido pela lei de 1995. Outro elemento no sentido da desburocratização e simplificação é o julgamento dos recursos por um grupo de juízes do primeiro grau, designado de *Turma Recursal*.

Mas são diversas as medidas que apelam ao modelo consensual. O legislador brasileiro empenhou-se em alterar a sua política criminal clássica, baseada no efeito dissuasório da pena severa, através de uma nova forma de reacção ao delito de pequena e média gravidade "pondo em prática um dos mais avançados programas de «despenalização» do mundo" (Grinover *et al.*, 1996: 16).

A lei não introduziu nenhum caso de descriminalização, porém, contém quatro medidas despenalizadoras, isto é, medidas penais ou processuais alternativas que visam evitar a pena de prisão, apelando ao consenso e que produzem efeitos imediatos dentro da fase preliminar ou do processo. Tais medidas consistem: em extinguir-se a punibilidade, nas infracções de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, no caso de haver composição civil; na aplicação imediatamente pena alternativa (restritiva ou multa), não havendo composição civil ou tratando-se de acção pública incondicionada; no requerimento de representação nas lesões corporais culposas ou leves; na possibilidade de suspensão condicional do processo, nos crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano. Estabelece, ainda, uma medida não institucional: ao autor de um facto que, após ser lavrado termo, for de imediato encaminhado ao juizado ou que assumir o compromisso de a ele se dirigir não será exigida fiança nem imposta a detenção em flagrante delito. Com tais medidas, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover *et al*. (1996), o direito penal brasileiro começou a seguir as tendências mundiais actuais.

Todos estes novos institutos tiveram aplicação imediata após a entrada em vigor da lei –isto porque as normas que estabelecem direitos, liberdades e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, não é por falta de uma lei estadual destinada a disciplinar aspectos procedimentais e de organização judiciária que deve ser negada a aplicação de uma lei federal. As leis penais mais favoráveis têm aplicabilidade imediata aos casos futuros e devem retroagir aos factos ocorridos antes da sua vigência, além de nenhuma lei infraconstitucional poder limitar o seu alcance. Assim, os quatro institutos despenalizadores acima mencionados foram aplicados a todos os factos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 9.099/95, com excepção, naturalmente, dos já julgados definitivamente.

A aplicação da Lei n. 9.099/95 apelou à renovação da mentalidade dos operadores judiciários, renovação para a qual é de grande importância o papel a desempenhar pelas Escolas da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia. De acordo com a juíza Elisabeth Amarante, nem todos os juízes têm perfil para este tipo de justiça (Público de 09/04/2001). O juiz deve adequar-se às suas novas funções e o Ministério Público à justiça consensual, apresentando, quando possível, propostas de transacção penal e disposição para as discutir com o juiz, os conciliadores e a outra parte. Ao advogado pede-se para orientar o seu assistido, alertando-o para as consequências da transacção, mas sempre atento à vontade manifestada pelo autor do facto. Às autoridades policiais pede-se que colaborem com os Juizados fazendo-lhes chegar de imediato os termos de ocorrência e marcando data para a audiência de conciliação. À vítima e ao autor do facto cabe terem consciência que há alternativas para a pena de prisão. Os conciliadores, por seu lado, devem compreender a relevância social das suas funções. À população pede-se a abertura para uma justiça penal mais rápida, mais democrática, mais pacificadora e, como tal, mais efectiva.

O Capítulo III estabelece a disciplina jurídica dos Juizados Especiais Criminais. Dispõe o artigo 60.º que o Juizado Especial Criminal é composto por juízes togados ou togados e leigos, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infracções penais de menor potencial ofensivo, entendendo-se por tal, nos termos do artigo 61.º, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 ano, excepto os casos em que a lei preveja procedimento especial. O

processo decorre, como referimos, de acordo com os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, sendo, sempre que possível, reparados os danos sofridos pela vítima e aplicada uma pena não privativa da liberdade. A competência do Juizado será determinada em função do lugar em que foi praticada a infracção penal (artigo 63.º).

De harmonia com o disposto no artigo 69.º e ss., a autoridade policial que toma conhecimento da ocorrência lavra termo circunstanciado e encaminha-o de imediato para o Juizado, com o autor do facto e com a vítima, e requer os exames periciais necessários. Ao autor do facto que, após ser lavrado o termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não é imposta prisão em flagrante delito nem exigida fiança. Se o autor do facto e a vítima comparecerem e não for possível a realização imediata da audiência preliminar, é designado o dia e a hora, no mais curto espaço de tempo possível. No caso de qualquer dos implicados não comparecer, a Secretaria providencia a sua intimação, assim como, se for o caso, a do responsável civil. Na audiência preliminar está presente o Ministério Público, o autor do facto e a vítima, além, se possível, do responsável civil, acompanhados pelos seus advogados. O juiz esclarece os presentes sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. A conciliação é conduzida pelo juiz ou por conciliação sob sua orientação. A composição dos danos civis é reduzida a escrito e homologada pelo juiz através de sentença irrecorrível, com eficácia de título executivo, a executar no juízo competente. Quando está em causa uma acção penal de iniciativa privada ou uma acção penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação. Não sendo obtida a composição dos danos civis, é dada de imediato ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (artigos 74.º e 75.º).

No caso de haver representação ou se estiver em causa um crime de acção penal pública incondicionada, não sendo alvo de arquivamento, o Ministério Público pode propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou de multas, que será especificada na proposta. Se a pena de multa for a única a ser aplicada, o juiz pode reduzi-la até metade. Não será admitida a proposta se for comprovado que o autor da

infracção fora condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença transitada em julgado, ou se o autor tiver beneficiado, no prazo de 5 anos, da aplicação da pena restritiva ou de multa, ou se não forem indicados os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente e os motivos ou circunstâncias necessárias e suficientes para a adopção da medida. Aceite a proposta pelo autor da infracção e pelo seu defensor, será submetida à apreciação do juiz que, no caso de a acolher, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa. Esta pena apenas será registada para impedir de novo a aplicação do mesmo benefício no prazo de 5 anos, não constando da certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor acção cabível no juízo cível. Da pena aplicada poderá haver recurso (artigo 76.º).

Na acção penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do facto ou pela não ocorrência de representação, o Ministério Público pronuncia, de imediato, denúncia oral, caso não haja necessidade de efectuar diligências consideradas imprescindíveis. A denúncia será elaborada com base no termo de ocorrência, com dispensa do inquérito policial, prescindindo-se do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou por prova equivalente. Quando a complexidade do caso não permitir a formulação da denúncia, o Ministério Público pode requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes. Na acção penal de iniciativa do ofendido pode ser apresentada queixa oral. Apresentada a denúncia ou queixa, é reduzida a termo, sendo entregue cópia ao acusado, que assim fica citado e informado da data e hora para a audiência de instrução e julgamento, de que também serão informados o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados. Se o acusado não estiver presente, é citado pessoalmente, devendo fazer-se acompanhar das suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo 5 dias antes da sua realização.

No dia e hora designados para a audiência, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e da apresentação de uma proposta pelo Ministério Público, procede-se do modo referido para a fase preliminar. Nos Juizados Especiais Criminais nenhum acto é adiado. Quando se lhe afigura imprescindível, o juiz pode determinar que se proceda à condução coerciva de quem deva estar presente. Aberta a audiência, é dada a palavra ao defensor, para responder à acusação, após o que

o juiz receberá ou não a denúncia ou a queixa. Se houver recebimento, são ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e de defesa, sendo o acusado, se presente, interrogado de seguida. Passa-se então aos debates orais e à prolação da sentença. As provas são produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considere excessivas ou impertinentes. É lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, de tudo o que ocorre na audiência. No termo são resumidos os factos relevantes ocorridos durante a audiência e a sentença, que dispensa o relatório, além de referir os elementos de convicção do juiz (artigo 81.º).

A lei estabelece a possibilidade de recurso da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença, a interpor no prazo de dez dias. O recurso é julgado por uma *Turma Cursal* composta por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. O recorrido é então intimado para apresentar uma resposta escrita no prazo de dez dias. As partes são informadas da data da sessão de julgamento pela imprensa. No caso da sentença ser confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento serve de acórdão. Haverá embargos de declaração, orais ou escritos, quando, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida (artigos 82.º e 83.º).

A execução nos Juizados Especiais Criminais consiste, quando aplicada a pena de multa, no seu pagamento na Secretaria do Juizado, após o qual o juiz declara extinta a punibilidade e determina que a condenação não conste no registo criminal, excepto para os fins de requisição judicial. Se o pagamento da multa não for efectuado, é feita a conversão em pena privativa da liberdade ou em pena restritiva de direitos (artigos 84.º a 86.º). Ainda, no caso de homologação do acordo civil e de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa as despesas processuais são reduzidas (artigo 87.º).

A lei, na parte referente aos Juizados Especiais Criminais, termina com disposições finais onde consta que nos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, estando ou não abrangidas por esta lei, o Ministério Público, ao pronunciar a denúncia, pode propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, "desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena" (artigo 89.º). Aceite a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, e

depois de recebida a denúncia, este pode suspender o processo e submeter o acusado a um período de prova, com a cominação de certas imposições: reparação do dano (se for possível); proibição de frequentar certos lugares; proibição de se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz; comparecer pessoalmente no juízo, mensalmente, para dar conta das suas actividades, para além de outras condições adequadas ao facto e à situação pessoal do acusado, que o juiz pode especificar. A suspensão será revogada se, no decurso do prazo estipulado, o acusado for pronunciado por outro crime ou se não reparar o dano, sem motivo justificado. Expirado o prazo sem revogação, o juiz declara extinta a punibilidade. Durante o prazo de suspensão do processo não corre a prescrição. Se o acusado não aceitar esta proposta de suspensão, o processo segue os seus termos. Na base da suspensão do processo encontra-se o princípio da oportunidade ou discricionaridade (visto que o Ministério Público pode dispensar a acção penal) e o seu objectivo é evitar a estigmatização que uma sentença condenatória, e até um processo, sempre implicam.

Este procedimento é uma das vias da desburocratização da justiça criminal do Brasil, visto que permite: reduzir grande parte do movimento processual criminal; a resposta atempada do Estado ao delito; a rápida reparação dos danos à vítima; o fim das prescrições; e a ressocialização do autor. Além de todas estas razões, a suspensão condicional do processo não implicou, obviamente, nenhuma estrutura própria e foi de imediato aplicado pelos juízes, permitindo-lhes dispensar mais atenção à criminalidade grave[177].

O funcionamento do Juizado Central Criminal, em Brasília, é um modelo da justiça alternativa para pequenas causas criminais desenvolvido no âmbito do que temos vindo a estudar. Este Juizado Criminal está aberto das 6h00 às 24h00, durante todos os dias, incluindo fins-de-semana, feriados e férias judiciais, e tem como objectivo que os infractores saibam no próprio dia a sanção (acordada ou imposta) que lhes cabe pela violação do tipo legal de crime em que incorreram (Público de 09/04/2001).

[177] Subsidiariamente ao disposto nesta lei, é aplicável o estabelecido no Código Penal e no Código de Processo Penal, em tudo o que não for incompatível.

3.2. Os Julgados de Paz em Portugal

3.2.1. A participação popular na administração da justiça desde o 25 de Abril de 1974 até 1989: Júri, Juízes Sociais e Julgados de Paz

O eclodir do 25 de Abril de 1974, e a consequente alteração de regime político em Portugal, permitiu a saída da justiça laboral do Ministério do Trabalho e a sua entrada no Ministério da Justiça. No âmbito do direito do trabalho foram então criadas as Comissões de Conciliação e Julgamento (CCJ), através do Decreto Lei n.º 463/75, de 27 de Agosto. Seguiam de perto a orgânica e funcionamento dos tribunais dos *Conseils de Prud' hommes,* e tinham também alguns elementos dos Tribunais dos Árbitros Avindores[178]. Porém, não tiveram sucesso na realidade jurídica e social portuguesa e foram extintos através da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de 1977 (LOTJ).

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) consagrou o principio de participação popular na administração da justiça. Para além de permitir ao legislador ordinário a criação de outras figuras jurídicas com este propósito, o seu artigo 217.º consagrava expressamente essa participação através de juízes populares. E, no artigo 216.º, reconhecia a figura jurídica do Júri, criada no ano anterior.

Coube à LOTJ de 1979, por um lado, a concretização destes institutos que veicularam a participação popular na administração da justiça, com a criação dos Julgados de Paz (artigo 12.º, n.º 2) e dos juízes sociais (artigo 38.º). Por seu lado, o Júri fora instituído pelo Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro. Tem-lhe sido apontados alguns defeitos, mas também algumas virtudes. Como defeito, o facto de a decisão ser

[178] Os registos mais antigos de pedidos de existência de juízes avindores datam das Cortes de Elvas, em 1481. Porém, apenas em 1519 D. Manuel viria a satisfazer tal exigência. No final do século XIX um movimento que se estendeu a toda a Europa levou à criação dos Tribunais de Árbitros Avindores, através da Carta de Lei de 14 de Agosto de 1889. O primeiro desses tribunais viria a ser criado em 1893, em Lisboa. Apenas mais seis Tribunais de Árbitros Avindores existiram, em outras tantas cidades. Estes tribunais tinham uma nítida origem de classe: sendo compostos por um número de vogais entre os 8 e os 16, metade destes teriam de ser eleitos por um colégio de operários e a outra metade por um colégio de patrões. O presidente e os dois vice-presidentes, que eram cidadãos estranhos às classes implicadas nas controvérsias, eram de nomeação governamental. Estes tribunais tinham dois tipos de competências, pois ou as partes, por acordo, lhes atribuíam a natureza do que hoje se entende por tribunal arbitral e lhes atribuíam o poder de dirimir conflitos decorrentes da injustiça das condições de trabalho, tendo os árbitros avindores legitimidade para alterar o contrato de trabalho, ou essa competência era obrigatória para todas as questões levantadas na execução de um contrato de trabalho (Correia, 1982: 67 e ss.).

apenas tomada com base nas audiências, estar dependente da opinião pública e o elemento emocional ser muito importante. Como vantagens, para além de o júri representar uma resposta à procura do "juiz natural", podemos citar José Beleza (1976), que entende que com o sistema dos assessores populares (sistema muito próximo do júri), possibilitado por este tipo de participação popular, poder-se-ia "garantir às decisões criminais, para além de um carácter de justiça exterior formal, uma autenticidade interior e moral profunda".

Por último, temos os juízes sociais, instituídos pela LOTJ de 1977 (artigo 68.º da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro), com competência, essencialmente no foro laboral, embora devessem intervir obrigatoriamente em algumas causas do foro cível relacionadas com arrendamento rural e em alguns casos de jurisdição de menores. Podiam intervir não só nos tribunais de trabalho, mas também nos tribunais de comarca de competência genérica, sempre que se tratassem de causas dentro destas matérias. De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 156/78, de 30 de Junho, diploma que previa o recrutamento e a formação dos Juízes Sociais, em causa estava "trazer a opinião pública aos tribunais e levar os tribunais até à opinião pública" (Baptista, 1982: 37-43).

A LOTJ de 1977 (Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro) referia-se ainda, nos artigos 73.º e ss., aos Julgados de Paz, embora como uma mera possibilidade. Previa-se que os Julgados de Paz tivessem como área de competência territorial a freguesia a que se circunscreviam, sendo que, para além de eleger os juízes de paz por um período de quatro anos, cabia à assembleia ou ao plenário dessa freguesia decidir da criação ou não do Julgado de Paz.

Os juízes de paz podiam ser eleitos entre os cidadãos idóneos, de nacionalidade portuguesa, com mais de 25 anos, que soubessem ler e escrever, que estivessem no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, que não tivessem sofrido qualquer condenação nem estivessem pronunciados por crime doloso e que fossem eleitores inscritos pela respectiva freguesia que os nomeava (Baptista, 1982: 40-42). Aos juízes de paz competia exercer a conciliação, julgar as transgressões e contravenções às posturas de freguesia, preparar e julgar acções de natureza cível de valor não superior à alçada dos tribunais de comarca, quando estivessem em causa apenas direitos e interesses de vizinhos, e as partes estivessem de acordo em fazê-las prosseguir nos

Julgados de Paz, bem como desempenhar as demais funções que lhes viessem a ser conferidas por lei. Assim, de acordo com o Relatório do Projecto de Lei n. 83/VIII, "os Julgados de Paz estavam «desenhados» na lei como verdadeiros tribunais arbitrais, embora de carácter permanente" (Mendes, 1980: 615; Castro, 1982: 55).

A organização e funcionamento dos Julgados de Paz estava prevista no Decreto–Lei n.º 539/79, de 31 de Dezembro. Aí se estabelecia que os Julgados de Paz resolviam, no âmbito cível, questões entre vizinhos (entendendo-se como vizinhos os residentes na freguesia da área de competência dos Julgados de Paz), sempre que houvesse acordo das partes neste sentido, e se as causas não excedessem o valor da alçada da comarca, 80.000$00, à data. O juiz de paz poderia intervir nas questões de direito laboral se estas tivessem a ver com alguma postura da sua freguesia. Das suas decisões cabia recurso para o tribunal de comarca (Baptista, 1982: 30 e ss.).

A partir da revisão de 1989, a CRP prevê, no artigo 205.º, n.º 4, a institucionalização de "instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos". Fora da esfera da jurisdição reservada aos tribunais, as suas decisões e recomendações não podiam ser impostas a quem a eles recorresse, e estas pessoas teriam, obviamente, o direito de delas recorrer nos tribunais do Estado. Após a revisão constitucional de 1997 é o artigo 202.º, n.º 4 que contém esta disposição, prevendo expressamente o artigo 209.º, n.º 2 a existência de Julgados de Paz.

3.2.2. O renascimento dos Julgados de Paz em Portugal

3.2.2.1. O regime legal

A (re)criação dos Julgados de Paz deve-se a uma iniciativa de deputados do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português (PCP), que para o efeito apresentou na Assembleia da República, em 20 de Janeiro de 2000, os Projectos de Lei n.º 82/VIII e n.º 83/VIII. O primeiro destes Projectos de Lei previa que a LOTJ, Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, fosse alterada de forma a consagrar a existência de Julgados de Paz, o segundo estabelecia a sua competência, organização e funcionamento. Estes Projectos

de Lei viriam a dar lugar à Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, lei quadro dos Julgados de Paz.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, que regula a organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz, a sua missão é "permitir a participação cívica dos interessados" e "estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes", ou seja, "podem e devem ter uma acção *pedagógica e solucionadora* de diferendos entre os cidadãos, mas isso vai depender da sensibilização quer dos utentes, quer dos servidores" (Ferreira, 2001: 19). Sobre os princípios que norteiam a sua actuação dispõe o n.º 2 do artigo 2.º, afirmando que os Julgados de Paz se devem pautar por "princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual". O objectivo na base da criação dos Julgados de Paz, nas palavras de Conceição Oliveira, Directora-Geral da Administração Extrajudicial, é, mais do que a diminuição da pendência processual, criar "a cultura dos meios alternativos, uma outra dimensão da justiça", uma justiça "sem senhores vestidos de negro" (Público de 20/03/2001)[179].

A competência territorial dos Julgados de Paz poderá ser concelhia, de agrupamentos de concelhos contíguos, de freguesia ou de agrupamentos de freguesias contíguas do mesmo concelho (artigo 4.º, n.º 1). Nos Julgados de Paz haverá lugar ao pagamento de custas, de acordo com tabela a aprovar por Portaria do Ministério da Justiça, não sendo pois a sua actividade, em princípio, gratuita. Poderá, no entanto, haver lugar a isenção do pagamento de custas, tal como sucede no âmbito dos tribunais judiciais. Importa referir, a propósito, que também aos Julgados de Paz é aplicável o regime geral do apoio judiciário (artigo 40.º).

A competência dos Julgados de Paz, de acordo com o artigo 6.º, quanto ao objecto da acção é "exclusiva a acções declarativas". À execução das suas decisões aplica-se o disposto no Código de Processo Civil (CPC) e em legislação conexa relativa a execuções de decisões de tribunais de 1.ª instância. A execução das decisões dos

[179] Para a existência dos Julgados de Paz são indispensáveis dois diplomas complementares: um diploma do Governo, de criação abstracta, e uma Portaria do Ministro da Justiça a determinar a sua instalação (artigo 3.º), que estão já em processo legislativo.

Julgados de Paz é, assim, da competência dos tribunais judiciais de 1ª instância, à semelhança do que sucede quanto aos tribunais arbitrais[180].

Os Julgados de Paz terão competência para acções cujo valor não exceda a alçada do tribunal de 1.ª instância, ou seja, até 750.000$00. Em razão da matéria, nos termos do artigo 9.º, são competentes para apreciar e decidir acções destinadas a efectivar o cumprimento de obrigações, excepto as que tenham por objecto a prestação pecuniária e da qual seja ou tenha sido credora originária uma pessoa colectiva[181]; as acções de entrega de coisas móveis; as acções decorrentes de direitos e deveres de condóminos, no caso de a assembleia de condóminos não ter decidido a obrigatoriedade de resolução de litígios através de compromisso arbitral; as acções referentes a direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis e as acções possessórias, usucapião e acessão; as acções acerca do direito de uso e administração da compropriedade, superfície, usufruto, uso e habitação e direito real de habitação periódica; as acções relacionadas com o arrendamento urbano, com exclusão das acções de despejo; as acções relativas à responsabilidade civil contratual e extracontratual; as acções sobre o incumprimento contratual, excepto contrato de trabalho e arrendamento rural; e as acções referentes à garantia geral das obrigações.

Os Julgados de Paz são ainda competentes para apreciar os pedidos de: indemnização cível decorrentes de crimes de ofensas corporais simples; ofensa à integridade física por negligência; difamação; injúrias; furto simples; dano simples; alteração de marcos; e burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, desde que não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma. A apreciação de um pedido de indemnização cível, nos termos anteriores, preclude a possibilidade de instaurar o respectivo procedimento criminal.

---

[180] Cardona Ferreira entende que é "desejável (...) que os Julgados de Paz venham a dispor de competência executiva, à semelhança dos Juizados Especiais brasileiros", assim como "poderia ser conveniente que os Julgados de Paz tivessem competência referente a ilícitos penais particulares (exigindo acusação particular) e quase-público (pressupondo denúncias), mormente quando não fosse aplicável pena de prisão" (2001: 26).

[181] De acordo com a opinião de Cardona Ferreira, o artigo 9.º, n.º 1, a), não impede que pessoas colectivas não possam ser partes nos Julgados de Paz, significa antes que não poderão encharcá-los com questões pecuniárias.

Cada Julgado de Paz irá dispor de um serviço de atendimento, de um serviço de apoio administrativo e poderá vir a dispor de mais do que uma secção, sendo cada secção dirigida por um juiz de paz[182]. Nas suas instalações funcionará ainda um serviço de mediação com competência para mediar qualquer litígio, mesmo que excluído da competência do Julgado de Paz (com excepção dos que tenham por objecto direitos indisponíveis), por forma a conseguir a sua resolução através de acordo das partes (artigos 15.º a 17.º). Segundo Diogo Lacerda, Secretário de Estado da Justiça, a mediação funcionará dentro dos Julgados de Paz como "uma câmara parajudiciária", ou seja, caso o problema se resolva desta forma, este não segue para o juiz de paz (Público de 14/02/2001). O acordo que for alcançado terá de ser homologado pelo juiz de paz para adquirir eficácia. A sentença homologatória será, então, exequível. No caso de não ser conseguido acordo integral, haverá julgamento (artigo 56.º).

Os mediadores poderão ter outras ocupações, para além do serviço que desempenham nos Julgados de Paz. Estes terão de possuir uma licenciatura, não necessariamente de Direito, mais de 25 anos, um curso de mediação reconhecido pelo Ministério da Justiça e, de preferência, residência na área territorial abrangida pelo respectivo Julgado de Paz. Os mediadores prestam serviço nos Julgados de Paz, mas não fazem deles parte – é o que decorre do artigo 34.º. O seu salário será dependente do número de processos em que intervierem e a sua actividade será fiscalizada por uma Comissão a designar em Portaria.

O juiz de paz deverá reunir, cumulativamente, os seguintes requisitos: ter nacionalidade portuguesa[183], ser licenciado em direito, ter idade superior a 30 anos, estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos, não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra actividade pública ou privada (artigo 23.º). De acordo com Cardona Ferreira (2001: 42), o artigo 23.º não

[182] O horário de funcionamento dos Julgados de Paz ainda se encontra por definir, deixando-se essa tarefa para o "diploma de criação". No entanto, a possibilidade de terem um funcionamento em horário alternativo é defendida por algumas vozes. A este propósito, a Directora-Geral da Administração Extrajudicial, Conceição Oliveira, em entrevista a um jornal (Público de 20/03/2001), referiu que cada Julgado de Paz deverá ter a sua especificidade. Por exemplo, "no Julgado de Paz da grande Lisboa, porque não funcionar com horário nocturno?"

se refere ao "*mais importante: é preciso que se tenha um alto sentido de dedicação à Justiça e aos problemas dos concidadãos*, compreensão humana, bom senso, intenção pacificadora". O recrutamento e selecção dos juízes de paz é feito por concurso público, mediante avaliação curricular e provas públicas[184]. Os juízes de paz são providos por um período de três anos e nomeados pelo Conselho de Acompanhamento da Criação e Instalação dos Julgados de Paz, que funciona na dependência da Assembleia da República[185].

As funções do juiz de paz consistem em, de acordo com a lei ou a equidade, proferir as decisões relativas a questões que sejam submetidas ao Julgado devendo, previamente, tentar conciliar as partes, mesmo no caso de as tentativas de pré-mediação[186] e de mediação não terem tido êxito (artigo 26.º). O juiz de paz não está submetido a critérios de legalidade estrita, podendo, no caso de as partes concordarem, decidir segundo juízos de equidade quando o valor da acção não exceda metade do valor da alçada do tribunal de primeira instância.

A Lei n.º 78/2001 estabelece que os juízes de paz estão sujeitos às incompatibilidades e suspeições que vigoram para os magistrados judiciais, inclusivamente a impossibilidade de desempenhar qualquer outra função pública ou privada de natureza profissional. Podem, contudo, e à imagem do Estatuto dos Magistrados Judiciais, desempenhar funções de docência ou de investigação científica não remuneradas, se autorizados pelo Conselho de Acompanhamento e se não implicar prejuízo para o serviço (artigos 21.º e 27.º).

---

[183] Ao contrário do juiz de paz, o mediador poderá não ter nacionalidade portuguesa, desde que domine a língua portuguesa.

[184] Dispensados da realização destas provas estão, entre outros, os magistrados judiciais ou do Ministério Público que tenham exercido funções de juiz de direito ou como representante do Ministério Público, docentes universitários, mestres ou doutores em direito, antigos bastonários, presidentes dos conselhos distritais e membros do conselho geral da Ordem dos Advogados, antigos membros do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Conselho Superior do Ministério Público (artigo 24.º, n.º 2).

[185] O Conselho de Acompanhamento da Criação e Instalação dos Julgados de Paz fiscalizará a instalação e funcionamento dos projectos experimentais e apresentará um relatório de avaliação à Assembleia da República até 15 de Junho de 2002. Este conselho é composto: pelo presidente, indigitado pelo Presidente da Assembleia da República; por um representante de cada Grupo Parlamentar, representado na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias; por um representante do Ministério da Justiça; um representante do Conselho Superior da Magistratura; e por um representante da Associação Nacional de Municípios Portugueses (artigo 65.º, n.º 2).

A remuneração do Julgado de Paz encontra-se consagrada no artigo 28.º, aí se estipulando que a remuneração será a equivalente ao escalão mais elevado da categoria de acessor principal da carreira técnica superior do regime geral da Administração Pública.

Os juízes de paz, nos termos do artigo 22.º, não poderão fazer declarações ou comentários acerca dos processos que lhe estão confiados.

O Julgado de Paz perante algum incidente processual perde sua competência e deve remeter o processo para o tribunal competente para a sua apreciação (artigo 41.º).

Um processo inicia-se nos Julgados de Paz através de um requerimento apresentado nos serviços de atendimento, que poderá ser efectuado oralmente (artigo 43.º). Também a contestação, a apresentar em 10 dias a contar da citação, pode ser verbal. A audiência de julgamento será constituída por três partes: audição das partes, produção da prova[187] e sentença. As decisões proferidas pelos Julgados de Paz, seja após o julgamento, sejam homologatórias de acordos, têm o valor de sentença equivalente à sentença dos tribunais de 1ª instância e títulos executivos, se tiverem sentido condenatório. Das sentenças poderá haver recurso para o tribunal da comarca ou para o tribunal de competência específica, desde que os processos ultrapassem metade do valor da alçada do tribunal de 1.º instância[188] (artigos 59.º a 63.º).

As sentenças proferidas nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância podem ser impugnadas por recurso a interpor para o tribunal da comarca ou para o tribunal de competência específica que for competente, em que esteja sediado o Julgado de Paz (artigo 62.º)[189]. Nos Julgados de Paz, em

---

[186] A pré-mediação visa explicar às partes em que consiste a mediação e aferir da sua predisposição para um eventual acordo (artigo 50.º).

[187] A perícia é a única prova não admitida, possivelmente devido à demora que geralmente implica. Porém, como nem todas as perícias são demoradas ou difíceis, Cardona Ferreira adianta que poderá ser um aspecto a alterar no futuro (2001: 79).

[188] Cardona Ferreira entende ser de ponderar a criação futura de um "*Julgado de Paz recursal*", à semelhança do que sucede no direito brasileiro, bem como ser conveniente rever o recurso para o tribunal de 1.ª instância, já que o Julgado de Paz "não se insere na ordem dos Tribunais Judiciais, nem é uma «sub-1.ª instância»" (2001: 81-82). Na sua opinião, será de ponderar o recurso directo para as Relações, como sucede nos Tribunais Arbitrais.

[189] O recurso tem efeito meramente devolutivo e segue o regime do agravo.

princípio, não é obrigatório o patrocínio forense, apesar de qualquer das partes se poder fazer acompanhar por advogado, advogado estagiário ou por solicitador (artigo 38.º).

Os Julgados de Paz serão implementados, como projectos experimentais, no início de 2002, em quatro municípios – Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia (artigo 64.º, n.º 1). As freguesias de Benfica, Carnide e Lumiar serão as três primeiras a estar incluídas na fase experimental dos Julgados de Paz, como resulta do protocolo que define as responsabilidades do Governo e da Câmara Municipal de Lisboa no novo tribunal para onde, em 2002, começarão a ser canalizados processos. O Julgado de Paz de Lisboa funcionará em Telheiras e estará aberto até às 21 horas todos os dias úteis e durante a manhã de sábado (Diário de Notícias de 22/11/2001). Cabe ao Ministério da Justiça, através da Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, a responsabilidade de suportar os encargos com a remuneração dos juízes de paz e mediadores, bem como divulgar, promover e prestar acompanhamento aos Julgados. Às Câmaras Municipais incumbe disponibilizarem instalações e acorrerem às despesas de manutenção e à cedência dos funcionários necessários para o desempenho das funções administrativas[190].

A experiência dos Julgados de Paz, em Portugal, vai ser acompanhada e avaliada. Cardona Ferreira, grande entusiasta das virtualidades dos Julgados de Paz, é o presidente do Conselho de Acompanhamento de Criação e Instalação dos Julgados de Paz, indigitado pelo presidente da Assembleia da República. Membros do Conselho são ainda António Dias Ferreira (PS), Montalvão Machado (PSD), Odete Santos (PCP), Narana Coissoró (PP) e Fernando Rosas (BE). Representante do Ministério da Justiça é Conceição Oliveira Costa, do Conselho Superior de Magistratura, o Juiz-Conselheiro Leal Henriques e, da Associação Nacional dos Municípios Portugueses, Isaltino Morais. Após os primeiros cinco meses de funcionamento, o Conselho de Acompanhamento procederá a uma avaliação do processo e entregará um relatório à Assembleia da

[190] Através da Portaria n.º 1005/2001, de 18 de Agosto, foi publicado o regulamento do concurso de selecção de mediadores para inscrição nas listas dos Julgados de Paz de Lisboa, de Oliveira do Bairro, do Seixal e de Vila Nova de Gaia, mediadores esse que colaborarão, em regime de prestação de serviços, com os Julgados de Paz. A Portaria n.º 1006/2001, de 18 de Agosto, refere-se ao regulamento do concurso público de recrutamento e selecção de juízes de paz para os Julgados de Paz de Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia.

República que poderá, caso assim entenda, estender os Julgados de Paz a outras zonas do país (Diário de Notícias de 02/07/2001).

3.2.2.2. As dores do parto (ou o debate acerca dos Julgados de Paz)

As reacções à redescoberta dos Julgados de Paz como forma de administração da justiça não se fizeram esperar. Os operadores judiciários dividem-se: uns aplaudem esta medida, outros encaram-na com certo cepticismo.

De acordo com Cardona Ferreira, há a esperança de estender a competência dos Julgados de Paz ao campo penal, designadamente a certo tipo de crimes em que o pagamento de uma indemnização seja suficiente para resolver o processo. Embora a favor desse alargamento, reconhece que há muito caminho a percorrer, sendo imperiosa uma divulgação das vantagens dos Julgados de Paz junto da população, tanto mais que o êxito depende da receptividade dos cidadãos (Diário de Notícias de 02/07/2001). Cardona Ferreira manifestava, em Maio de 2001, a sua "profunda convicção na utilidade e, mesmo, necessidade dos Julgados de Paz", especialmente depois de ter tido contacto com a forma de funcionamento dos Juizados de Paz no Brasil. Considera que são "*uma via alternativa de equidade (em sentido lato) que pode, e deve, constituir um meio pessoalizado de Justiça, que procure a conciliação, que tenda a evitar e eliminar conflitos*, o que pode ser mais importante do que resolvê-los, relativamente à paz social e pessoal" (2001: 5). Não crê que o objectivo imediato dos modernos Julgados de Paz seja o descongestionamento do sistema tradicional, apesar de acabar por ter esse efeito mediato. Deseja que venham a "constituir uma nova forma de justiça descentralizada, ultrapassando o formalismo e a burocracia de que fala, por exemplo, Antoine Garapon em O Guardador de Promessas". Entende que a sua missão é sobretudo "eliminar o litígio anunciado", não tanto decidi-lo, e que urge "dar muito mais importância ao termo Paz do que à expressão Julgados", isto por, com frequência o cidadão se sentir afectado e muito perturbado por questões que apresentam grande simplicidade jurídica, questões que poderão ser eliminadas por instituições como os Julgados de Paz (2001: 8-9).

Odete Santos, advogada e deputada do PCP, é também muito favorável à consagração dos Julgados de Paz[191]. Refere que a tendência actual do mundo ocidental é a busca de formas alternativas de resolução de litígios, "seja através destes tribunais, seja através de outras formas de aproximação da justiça dos cidadãos, como as Casas da Justiça em França", e isso não apenas "como forma de aliviar o aparelho judiciário clássico, sempre perigosamente à beira da ruptura, mas também (e este será o principal objectivo) como forma de criar uma nova cultura nas relações entre os cidadãos (...) que encare a pequena conflitualidade sem dramatismos, e que impulsione os cidadãos à sua resolução através do recurso a Tribunais que se regem pela informalidade e pela redução ao mínimo da burocracia. (...) Simultaneamente, não é de minimizar o efeito que se pretende sobre a Justiça clássica. Que sendo liberta das chamadas bagatelas jurídicas (que no entanto para o cidadão comum não o são) poderá libertar-se da grande tensão resultante da extraordinária carga processual, e administrar Justiça mais pronta. Ganhando, assim, em transparência, e tornando-se, desta forma, mais próxima dos cidadãos".

No debate em curso prevêem-se, contudo, muitas dificuldades. Apesar de muito favorável à consagração dos Julgados de Paz, como se referiu acima, Odete Santos manifesta algumas dúvidas quanto às soluções consagradas na lei quadro[192]. Desde logo, o facto de os Julgados de Paz, em matéria criminal, apenas terem competência para pedidos cíveis de indemnização. Pensa que esta solução "é redutora, e priva os Julgados de uma competência importante que teria repercussões significativas no relacionamento entre os cidadãos e na Justiça clássica". Refere ainda que a mediação e a pré-mediação "que se enxertou na lei de organização e de funcionamento dos Julgados de Paz" suscitam muitas dúvidas, visto que o juiz de paz tem, à partida, como objectivo, a resolução amigável dos conflitos – daí a sua designação. Aponta "razões economicistas" na base do processo de mediação que corre nos Julgados de Paz, processo esse que passa à margem do juiz de paz. Acrescenta que a mediação "por quem não é juiz de paz, servirá, por outro lado, para economizar no número de Julgados a instalar. Mas será que não irá pôr em perigo os próprios Julgados de Paz?". Odete

[191] *In* Jornal Comunicar Justiça, "Julgados de Paz – dúvidas e desilusões" (Novembro de 2001).

[192] *Idem*.

Santos descortina ainda um outro problema, que se prende com a questão de serem as autarquias a suportar os encargos com o pessoal para os Julgados de Paz. No seu entender, tal encargo é da competência do poder central, designadamente do Ministério da Justiça e não das autarquias que dessa actividade não retirarão qualquer contrapartida.

Outra voz crítica, não da existência dos Julgados de Paz, já que entende que "há lugar" para eles, mas da sua lei quadro, é a do juiz de direito Manuel Henrique Ramos Soares[193]. Aponta vários erros, o primeiro dos quais "resulta da ausência de mecanismos que garantam um certo grau de inserção do juiz de paz no contexto sociocultural do seu julgado". Isto porque, no seu entender, uma justiça de mediação "não se satisfaz com os modelos clássicos de legitimação", devendo o juiz de paz apelar à "memória cultural do homem bom da terra". O legislador deveria, pois, ter experimentado "formas de legitimação mais directa da autoridade do juiz de paz, sem que fosse preciso correr o risco da instrumentalização política do sistema eleitoral. Um modelo em que o juiz de paz tivesse de pertencer à comunidade, por naturalidade ou residência, em que as provas de aptidão, embora sujeitas a critérios uniformes e centralizadas no Conselho Superior da Magistratura, visassem, também, a revelação de conhecimentos sobre o contexto específico dessa comunidade". Na opinião deste juiz, outro erro consiste no facto da competência dos Julgados de Paz estar limitada a matérias cíveis. Não compreende porque "crimes com pouco significado, como a injúria ou difamação entre vizinhos, a pequena ofensa corporal, o pequeno furto, o pequeno dano, a alteração de marcos ou outros com relevo essencialmente local ou emergentes de conflitos de vizinhança, a que não correspondesse em concreto pena privativa de liberdade, não pudessem ser julgados pelo juiz de paz, depois de uma fase conciliatória, próxima da actual figura da suspensão provisória do processo".

A forma de organização e de gestão dos Julgados de Paz e o estatuto dos juízes de paz são inteiramente rejeitados por Ramos Soares. Previstos na CRP como verdadeiros tribunais, a função que são chamados a desempenhar é jurisdicional, assim como os actos que praticam, não sendo pois distintos dos demais tribunais com assento constitucional. São órgãos de soberania. Como tal, estão vinculados aos princípios

[193] *In* Jornal Comunicar Justiça, "Julgados de Paz – simulacro de independência" (Novembro de 2001).

constitucionais da separação de poderes e da independência, estão sujeitos à lei e o seu estatuto às garantias de independência estabelecidas na CRP para os juízes togados. Porém, a Lei n.º 78/2001, "intoleravelmente, não consagra nem a independência orgânica desses tribunais nem a independência subjectiva dos juízes". Em "clara violação do princípio da separação dos poderes soberanos", a gestão administrativa dos Julgados de Paz, o poder de nomeação e a acção disciplinar está atribuída ao Conselho de Acompanhamento, dependente da Assembleia da República e presidido por uma personalidade designada pelo Presidente da Assembleia da República. Na opinião deste juiz, "mais grave ainda é o princípio subjacente à regra de que o mandato do Conselho de Acompanhamento coincide com o da legislatura". A própria composição deste Conselho merece reparos, segundo Ramos Soares, designadamente o facto de a Associação Nacional de Municípios estar representada e, sobretudo, os partidos políticos. Entende que esta é uma "estranha forma de interpretar a legitimação indirecta do poder judicial, em que o interlocutor do povo no órgão de gestão e fiscalização dos juízes deixa de ser a Assembleia da República e passam a ser os partidos representados numa comissão". Na sua opinião, há também uma violação do princípio do autogoverno, na ausência de juízes de paz do seu conselho privativo de gestão e disciplina. Continua, referindo que esta "composição do Conselho de Acompanhamento (...) não garante o são relacionamento de interdependência entre os poderes soberanos do Estado, (...) esta partidarização denuncia uma clara vontade política de controlo de parte importante do poder judicial, com evidente risco de instrumentalização da justiça". Na sua opinião, "a gestão dos Julgados de Paz devia estar atribuída a uma secção do Conselho Superior da Magistratura. Mas, se não fosse assim, ao menos que se respeitasse o princípio constitucional da gestão autónoma, *pluri-institucional*, separada dos demais poderes soberanos. Era o mínimo"[194].

O estatuto do juiz de paz é outro aspecto que Ramos Soares entende ser susceptível de críticas. Isto porque a lei dispõe que se lhe aplicam as regras processuais sobre impedimentos e suspeições dos juízes, bem como o regime de incompatibilidades, porém, quanto a deveres, direitos e incompatibilidades, remete para o regime da função pública. Ora, no seu entender, esta "equiparação estatutária ao funcionário público é

[194] *In* Jornal Comunicar Justiça, "Julgados de Paz – dúvidas e desilusões" (Novembro de 2001).

absolutamente incompatível com o estatuto de juiz de paz e constitui um evidente atropelo às garantias constitucionais de independência*"*. O juiz termina a sua apreciação, referindo que os Julgados de Paz "fazem falta no panorama judiciário actual. São úteis para descongestionar o sistema e podem representar um avanço qualitativo importante na aproximação da justiça ao cidadão. O que não faz falta são tribunais e juízes organizados em torno de estruturas que não garantem a sua independência nem intromissões insuportáveis dos outros poderes na *reserva de jurisdição* própria da soberania que a constituição lhes atribui"[195].

António Pires de Lima, Bastonário da Ordem dos Advogados, entende que o desejável é que a lei que regula a organização e funcionamento dos Julgados de Paz "evitasse características que aprisionam a instituição da política e a subordinação a interesses corporativos" (Público de 03/09/2001). Acrescenta o Bastonário que os Julgados de Paz "nascem sob o signo da política parlamentar", dado a composição do Conselho de Acompanhamento contar com a presença de tantos políticos quantos os Grupos Parlamentares. Insurge-se ainda contra a dispensa de prestação de provas de recrutamento e de selecção de todos os magistrados judiciais e do Ministério Público, mesmo se tiverem exercido essa funções sem serem magistrados, enquanto que os advogados, independentemente do tempo de exercício e do seu currículo, terão sempre de se submeter a provas. Na sua perspectiva, a lei "mais não faz que criar facilidades para o carreirismo de alguns, excluindo os que, pelas provas de vida que tenham dado, estivessem disponíveis para ajudar à solução dos problemas da Justiça. Sim, porque encontrar um advogado prestigiado com raízes numa região, e aí capaz de exercer funções de juiz de paz, seria mais fácil, provavelmente solução para o problema" (Público de 03/09/2001).

Armindo Ribeiro Mendes entende que no texto da lei, "em alguns casos parece haver jurisdição obrigatória e sem recurso, o que desvirtua de certo modo a finalidade pretendida" (Diário de Notícias de 17/07/2001). Alerta que "a solução de irrecorribilidade das decisões de Julgados de Paz quando o valor das causas seja diminuto pode suscitar problemas, nomeadamente quando o réu não aceite voluntariamente a submissão do seu litígio a este «tribunal dos pequeninos»". Pensa

[195] *Idem*.

ainda que "será determinante no enraizamento da figura a escolha, pelo presidente da Assembleia da República, da personalidade que vai presidir ao referido Conselho de Acompanhamento".

Na perspectiva do Conselho Superior de Magistratura (CSM)[196], os Julgados de Paz suscitam algumas dúvidas, aconselhando a que se acautele a excessiva atribuição de competências, para evitar a criação de novas fontes de estrangulamento do sistema. Os critérios, na área cível, de atribuição de competências, deviam incidir mais em aspectos substanciais e menos em função do valor da causa. Na área penal, deve prever-se a possibilidade de recurso do ofendido para os tribunais judiciais, em particular nos casos de crime com natureza pública. Defende que haja um processo criterioso de selecção e formação dos juízes de paz, que deveria estar a cargo do Centro de Estudos Judiciários.

O parecer da Ordem dos Advogados portugueses, elaborado por José Sousa de Macedo, que começa por concordar com o retorno à experiência dos Julgados de Paz, embora refira ser necessário conhecer, com mais detalhe, as competências, a forma de funcionamento dos mesmos e as garantias de controlo jurisdicional. Também demonstram o seu acordo à introdução, em geral, de meios de resolução alternativa de litígios, desde que estes sejam menos onerosos para o Estado.

No entanto, a Ordem de Advogados, manifesta a sua oposição à tendência para descriminalizar ilícitos por considerar que "pela tradição e valores culturais e de referência para a sociedade portuguesa, devem continuar sob a alçada da lei penal, admitindo-se, contudo, que esta posição de princípio possa ceder em casos muito especiais". O pressuposto de que sempre que existe um litígio a ser dirimido este deve ser da competência dos tribunais judiciais ou dos Julgados de Paz é considerado inaceitável, visto que a Ordem dos Advogados considera existirem pretensões "que não se traduzem, de imediato nem no futuro em diferendos ou litígios". Posteriormente, e após ter recebido uma nova versão do projecto de repartição de competências na justiça, por parte Ministério da Justiça, igualmente antes da aprovação da lei, a Ordem dos

[196] O parecer do Conselho Superior de Magistratrura, bem como os seguintes, foram formulados no âmbito da proposta do Ministério da Justiça denominada "Para uma nova repartição de competências na justiça" e que incluía as competências previstas para os Julgados de Paz. Deste modo, todos os pareceres que veremos de seguida foram formulados antes da publicação da Lei n.º 78/2001 relativa aos Julgados de Paz.

Advogados, novamente por intermédio de José Sousa de Macedo, emite um novo parecer que, no essencial, vem reafirmar os comentários avançados anteriormente. A entrada em vigor dos Julgados de Paz, prevista para início de 2002, em regime experimental e circunscrito, levanta reticências à Ordem por considerar ser fundamental "uma cuidada pedagogia junto dos técnicos e dos cidadãos, o que não se compadece (...) com a data, algo precipitada, para início da actividade".

A Procuradoria-Geral da República elaborou um parecer em que defende, relativamente às competências dos Julgados de Paz, a possibilidade de as causas com valores baixos serem decididas por instâncias coadjuvantes dos tribunais, nomeadamente através de instâncias conciliatórias ou mediadoras. As medidas previstas no âmbito do processo penal, através da repartição de competências entre os Julgados de Paz e os tribunais judiciais, são bem aceites "por ir de encontro da ideia da descentralização dos subsistemas de controlo". O modelo proposto de Julgado de Paz é adequado às competências previstas, alertando o parecer apenas para os casos de maior complexidade, designadamente os processos relativos às ofensas à integridade física por negligência. Por fim, as medidas concebidas em relação aos processos de contraordenação são igualmente consideradas uma boa solução, com a atribuição, aos Julgados de Paz, da competência de julgar os recursos de contraordenações aplicadas pelas autarquias locais até ao montante da alçada do Tribunal da Comarca. O parecer termina com duas observações. A primeira refere-se à necessidade de sistematizar melhor a repartição de competências entre os tribunais judiciais e os Julgados de Paz, "por forma a permitirem uma melhor e mais profunda avaliação das suas implicações". A segunda, recomenda que é importante conhecer melhor as competências e o modelo de organização e funcionamento dos Julgados de Paz, para que não se suscitem dúvidas no momento da sua implementação.

A Associação Industrial Portuguesa (AIP) emitiu um parecer da autoria do Professor Doutor Diogo Leite de Campos, que foi assumido na íntegra pela AIP. O parecer considera, por um lado, que a ideia dos Julgados de Paz, em abstracto, reveste-se de intrínseca racionalidade mas, por outro, levanta dúvidas sobre a capacidade do Estado em poder assegurar, em termos económicos e financeiros, a implantação e funcionamento destes serviços. Alerta também para a possibilidade dos tribunais

judiciais, em vez de ficarem "descomprimidos", ficarem "afogados" devido à interposição sistemática de recursos das decisões dos juízes de paz, introduzindo mais um grau de decisão, originando assim uma justiça mais lenta. Neste sentido, deviam ser previstas medidas "para contrariar a vocação «litigante» de muitos portugueses". Além disso, refere-se que tradicionalmente o direito à justiça é o direito de acesso aos tribunais e, assim, esta alternativa pode ser sujeito a alguma rejeição social. As medidas preconizadas para os Julgados de Paz a nível penal são igualmente questionadas pelo parecer, por considerar que os portugueses vêem nos tribunais uma autoridade que podem não vislumbrar nos Julgados de Paz. Levanta assim dúvidas sobre se os cidadãos confiarão numa justiça sem beca. Uma das medidas que propõe para os Julgados de Paz, e que actualmente não está prevista, seria a função de cobrança de dívidas, por permitir aliviar os tribunais judiciais. A terminar, questiona a insegurança das decisões dos Julgados de Paz por serem por vezes contraditórias, mesmo no âmbito do mesmo tribunal, salientando então a necessidade de se uniformizar a "jurisprudência" das suas decisões.

Outra associação, a Associação Empresarial de Portugal, comenta num parecer algumas competências atribuídas aos Julgados de Paz, questionando a capacidade de decidirem sobre a complexidade das questões relacionadas com os seguintes processos: modificação contratual por alteração das circunstâncias, prestação de serviços, mandato, depósito, empreitada e alteração do plano de obra no contrato de empreitada.

A Associação Portuguesa de Bancos (APB) também emitiu um parecer em que louva a criação dos Julgados de Paz, defendendo que a sua constituição e competências sejam acompanhadas da dotação dos meios necessários para a resolução das questões que lhe são submetidas. Para evitar uma dupla jurisdição, defende-se no parecer que os Julgados de Paz sejam competentes para julgar determinadas matérias, independentemente do valor das causas, mantendo a possibilidade de haver recurso das suas decisões.

A Associação Portuguesa de Seguradores, embora reconheça que desconhece o enquadramento legal dos Julgados de Paz, pronunciou-se sobre os recursos, afirmando que "estando previsto o recurso da decisão final do juiz de paz para os tribunais judiciais, temos receio que essa decisão seja sistematicamente objecto de recurso e, se

assim for, assistiremos, simplesmente, a um protelar no tempo da entrada do processo no circuito dos tribunais judiciais, o que pode comprometer a celeridade e o descongestionamento que se pretendem alcançar".

O Professor Jorge de Figueiredo Dias também emitiu um parecer em que parte de questões genéricas até chegar às medidas propostas pelo Ministério da Justiça. Assim, começa por afirmar que é sua convicção que o actual século verá, no âmbito da política criminal, o incremento de "um sistema (ou vários sistemas!) de resolução alternativa de litígios e de conflitos". Mais à frente realça que este(s) sistema(s), coexistindo com o actual sistema judicial, serão procurados "sempre que essa for a vontade dos interessados, da última palavra sobre a resolução do diferendo". Embora saúde a proposta apresentada, considera que este é apenas um "primeiro e pequeníssimo passo em direcção à realização progressiva do novo modelo político-criminal" que preconiza. Não critica a estratégia adoptada de pequenos passos, visto ter consciência que este "modelo implica, para se impor (como é indispensável) à aceitação generalizada dos seus destinatários, mudanças sociais, culturais e jurídicas – eventualmente jurídico-constitucionais – de tal monta que a sua realização tem de ser programada a larguíssimos anos de vista, através de uma «política de pequenos passos»". Alerta, então, para o facto de as medidas preconizadas nesta proposta constituírem um novo e importante começo de uma longa viagem que, no entanto, terá dificuldades em coexistir com uma política criminal contraditória, tal como hoje temos.

Figueiredo Dias tece cinco comentários gerais sobre as competências previstas para os Julgados de Paz. No primeiro comentário, considera que se poderia ter ido mais longe no que respeita às competências penais. Mesmo excluindo a possibilidade de aplicação de sanção privativa de liberdade, a versão proposta é ainda reduzida face às potencialidades de actuação dos Julgados de Paz. Como segundo comentário, o autor alerta para o facto de que se se restringir a intervenção dos Julgados de Paz aos casos "em que, em apreciação prévia, o MP entenda não dever ser aplicada sanção privativa da liberdade, então aquela intervenção limita-se a uma substituição do actual processo sumaríssimo". O procedimento deve privilegiar "a *negociação da culpa* em vista de se alcançar um acordo que sirva os interesses fundamentais de todos os intervenientes". Não se deve, assim, substituir o actual processo sumaríssimo pela intervenção dos

Julgados de Paz, mas sim promover as suas potencialidades, com a manutenção da competência no MP. Num terceiro comentário, considera que, paralelamente, "deve atribuir-se aos ofendidos pela prática de crimes particulares a possibilidade de escolherem uma outra via de solução do litígio", desde que tenham acesso a meios alternativos de mediação e de resolução de conflitos. O quarto comentário incide sobre a efectividade das sanções aplicadas pelos Julgados de Paz. As competências dos Julgados de Paz devem permitir aplicar verdadeiras sanções criminais que, "das duas uma – ou o arguido concorda com a intervenção do juiz de paz e cumpre voluntariamente a pena, ou sempre terá de se salvaguardar a possibilidade de recurso". Caso as competências dos Julgados de Paz se limitem à aplicação de sanções pecuniárias de natureza não penal, as probabilidades de recurso serão muito menores, "sendo que no âmbito dos crimes particulares a lei reconhece já a possibilidade de os lesados optarem pela formulação do pedido de indemnização civil em separado, precludindo deste modo o recurso à via processual penal". Por fim, o quinto comentário refere que as competências em matéria penal dos Julgados de Paz não devem incluir nenhum crime onde tenha intervindo qualquer espécie de violência, com a exclusão da "violência moral" associada a qualquer crime. No entanto, não coloca reservas a que possam julgar todos os crimes semipúblicos de natureza exclusivamente patrimonial.

O debate, em curso, apesar das saudáveis críticas, como analisámos supra, gerou um grande consenso e expectativa acerca da entrada em funcionamento desta renascida instância de resolução de litígios

Conclusões

A origem dos Julgados de Paz é incerta, remonta aos tempos em que o juiz e o juiz de paz eram eleitos, entre si, pelos homens bons do concelho. Desde a sua criação e ao longo da sua história, tiveram por finalidade principal dotar a comunidade de uma alternativa de resolução pacífica dos conflitos de menor complexidade. Procedemos, assim, a uma breve análise das experiências de Julgados de Paz existentes em Espanha, em Itália e no Brasil, no contexto da análise do processo de (re)nascimento dos Julgados de Paz em Portugal.

Em Espanha, foi em 1985, com a aprovação da *Ley Orgánica Del Poder Judicial de 6/1985* (LOPJ), que se operou uma reestruturação total dos órgãos judiciais a nível nacional e municipal, entre as quais a transferência de diversas competências para os Julgados de Primeira Instância e para os Julgados de Paz, que passaram assim a constituir o primeiro grau de jurisdição. Os juízes de paz são juízes leigos, não profissionais, que desempenham funções jurisdicionais sem pertencerem à carreira judicial, apesar de enquanto exercem o seu cargo estarem sujeitos ao regime de incompatibilidades e proibições da carreira judicial. A LOPJ atribuiu as funções dos juízes de paz em matéria cível e penal, competências na área do Registo Civil e no exercício de funções de auxílio judicial, que consiste na cooperação que os órgãos jurisdicionais devem prestar entre si. Em Maio de 2000 havia 7.680 Julgados de Paz em Espanha.

Os juízes de paz espanhóis apresentam com frequência queixas relativas à falta de coordenação entre as instituições que devem alocar os recursos aos Julgados, pois estes dependem de três organismos distintos quanto aos recursos financeiros, enquanto os recursos físicos estão a cargo da Câmara Municipal. É fundamental que os Juízes de Paz possam, através das competências que lhe são atribuídas, atingir as finalidades para as quais foram criados. Assim, quanto ao objectivo de tornar a justiça mais célere, a prática demonstra que em matéria de conciliações, a sua actividade foi muito reduzida. O mesmo sucede em relação às acções cíveis por a competência do Julgado de Paz só abranger causas de valor irrisório (inferior a 8.000 pesetas). No que diz respeito às acções penais, poucas são as que chegam efectivamente aos gabinetes dos juízes de paz. Com efeito, antes de receberem uma acção penal, esta passa pela triagem do juiz de instrução, que após qualificá-la como tal, deve remetê-la ao juiz de paz. Mas a prática é outra e mostra que o que existe na verdade, é um "pacto" entre o juiz de instrução e o juiz de paz no sentido daquele não enviar acções deste tipo, mas sim remeter diligências de mero expediente, que caberiam ao Juiz de Instrução.

Os Julgados de Paz espanhóis clamam, assim, por urgentes alterações. Muitas são as opiniões sobre o âmbito de tais alterações, que vão desde a supressão da instituição até à sua profissionalização e ampliação de competências, passando pela eleição popular do juiz. É necessário, segundo o *Libro Blanco de la Justicia*, publicado

em 1997, estabelecer um novo estatuto do juiz de paz que tenha em conta as características profissionais e a capacidade exigida, que se regule de forma adequada o processo da sua nomeação, retribuição (que deveriam corresponder às circunstâncias e exigências do cargo), dedicação e responsabilidades. Não se pode pensar mais em juízes leigos, homens de boa vontade, que trabalhem *ad honorem* nos seus tempos livres, mas sim num juiz letrado, possuidor de uma bagagem jurídica que lhe permita desempenhar o seu cargo com dignidade sem ter que depender de nenhum outro emprego e que esteja integrado plenamente na carreira judicial

Em Itália, o juiz de paz foi instituído em 1991, começando a funcionar em Janeiro de 1993, para oferecer ao cidadão a possibilidade de resolver num curto espaço de tempo conflitos, civis e penais, de menor complexidade, no intuito de alcançar uma justiça mais imediata e concreta. Na base da sua criação está a intenção de descongestionar os tribunais, através de um processo simples, rápido, pouco dispendioso, de modo a facilitar e permitir o acesso dos cidadãos a uma justiça que, apesar de simplificada, não é menos rigorosa que a praticada nos tribunais clássicos. Em 1999, viria a ser alargada a sua competência penal. O ordenamento italiano assistiu, assim, em 2000, ao crescimento progressivo do número de magistrados não profissionais (cerca de 9.000).

As funções de juiz de paz representam um instrumento para a realização da justiça do quotidiano e dos interesses difusos. O juiz de paz tem funções em matéria cível e penal e exerce uma função imbuída do espírito conciliatório. Em matéria cível tem competência para todas as causas que lhe sejam apresentadas entre as partes interessadas, sem qualquer limite de valor e de matérias, desde que não sejam de competência exclusiva de outros juízes, designadamente relacionadas com direito do trabalho, de família, entre outras. Ao nível penal, tem competência para julgar alguns crimes, designadamente furtos, ameaças e injúrias. Tem competência ainda para decidir dos recursos sobre a aplicação de uma sanção administrativa. Para propor uma acção, o interessado só tem de dirigir-se ao local onde funciona o *Giudice di Pace*.

No seguimento das orientações de política legislativa geral do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001, que incentiva o recurso à mediação e o reconhecimento do direito das vítimas a ser informadas sobre os procedimentos

criminais, em 2 de Janeiro de 2002 entrará em vigor em Itália uma lei que alarga as competências dos Julgados de Paz em matéria penal, que abrange, pela primeira vez, uma referência expressa à mediação. Essa lei legitima um modelo penal aberto à justiça reparadora, facultando a possibilidade de recorrer à mediação entre vítima-agressor. Este novo modelo vem reconhecer que o comportamento reparador é mecanismo eficaz para extinguir o procedimento criminal.

No Brasil, a partir dos anos 80 começaram a ser discutidas medidas para atenuar a apelidada «crise do judiciário». Os Juizados de Pequenas Causas criadas no Brasil em Novembro de 1984 vieram a dar lugar aos Juizados especiais cíveis e criminais em 1995 (Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995). De acordo com a lei, os Juizados devem pautar a sua actuação pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tentando, sempre que possível, a conciliação ou a transacção. Cada Juizado dispõe de um serviço de assistência judiciária para prestar atendimento à população em geral e funcionar como advogado em certas situações. O legislador pretendeu garantir o princípio da acessibilidade através da regionalização da justiça, pois com a descentralização esta tornou-se mais próxima, menos misteriosa e, como tal, mais humana. O objectivo perseguido nos Juizados Especiais é a aproximação da justiça dos cidadãos. Para o efeito, alguns dos Juizados funcionam em centros comerciais e até em autocarros. Cabe à lei estadual regular a organização, competência e composição dos Juizados de Pequenas Causas, que são de dois tipos: Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais.

Os Juizados Especiais Cíveis têm, nos termos do disposto na Lei n.º 9.099/95, competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis que apresentam menor complexidade, a saber: as causas que não ultrapassem 40 vezes o salário mínimo, a acção de despejo para uso próprio, as acções possessórias sobre bens imóveis de valor até 40 salários mínimos, bem como outras, elencadas no Código de Processo Civil. Para ser proposta uma acção junto dos Juizados Especiais basta apresentar um pedido, por escrito ou oralmente, na Secretaria do Juizado.

A criação dos Juizados Especiais Criminais, foi recebida com surpresa, pois operou uma revolução, jurídica e de mentalidade, que quebrou a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da acção penal. Os operadores judiciários tiveram

de aprender a conviver também com o princípio da discricionaridade na acção penal pública e a abrir espaço para o consenso. Ao lado do princípio da verdade material passou a existir também, após 1995, "a verdade consensuada". Pretendeu-se testar um novo paradigma da justiça criminal, baseado no consenso, que tem como preocupação não apenas a decisão do caso mas também a solução para o conflito. Assim, por exemplo, os crimes cuja pena mínima de prisão não seja superior a um ano permitem a *suspensão condicional* do processo e o arguido, que praticar um crime e for de imediato encaminhado (ou assumir o compromisso de a ele se dirigir) não lhe será exigida fiança, nem detido em flagrante delito.

Em Portugal, os Julgados de Paz foram inscritos na Constituição da República de 1976, tendo sido retirados posteriormente. Com a última revisão constitucional de 1997, os Julgados de Paz voltaram a constar no nosso texto fundamental. A (re)criação dos Julgados de Paz deve-se a uma iniciativa de deputados do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português (PCP), que para o efeito apresentaram na Assembleia da República, em 20 de Janeiro de 2000, os necessários Projectos de Lei que viriam a dar lugar à Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, lei quadro dos Julgados de Paz. O objectivo que se encontra na base da criação dos Julgados de Paz é mais do que a diminuição da pendência processual, "mas a vocação para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes".

Nos Julgados de Paz haverá lugar ao pagamento de custas, de acordo com tabela a aprovar por Portaria do Ministério da Justiça, não sendo pois a sua actividade, em princípio, gratuita. De acordo com o artigo 6.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, a competência dos Julgados de Paz quanto ao objecto da acção é "exclusiva a acções declarativas". A execução das decisões dos Julgados de Paz é, assim, da competência dos tribunais judiciais. Quanto à competência em razão do valor, os Julgados de Paz terão competência para acções cujo valor não exceda a alçada do tribunal de primeira instância, ou seja, até 750.000$00. Em razão da matéria são competentes para apreciar e decidir acções destinadas a efectivar o cumprimento de obrigações, excepto as: acções que tenham por objecto prestação pecuniária e da qual seja ou tenha sido credora originária uma pessoa colectiva; acções de entrega de coisas móveis; acções decorrentes de direitos e deveres de condóminos, no caso de a assembleia de condóminos não ter

decidido a obrigatoriedade de resolução de litígios através de compromisso arbitral; acções referentes a direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis e as acções possessórias, usucapião e acessão, acções acerca do direito de uso e administração da compropriedade, superfície, usufruto, uso e habitação e direito real de habitação periódica; acções relacionadas com o arrendamento urbano, com exclusão das acções de despejo; acções relativas à responsabilidade civil contratual e extracontratual; acções sobre o incumprimento contratual, excepto contrato de trabalho e arrendamento rural; acções referentes à garantia geral das obrigações. Os Julgados de Paz são ainda competentes para apreciar pedidos de indemnização cível decorrentes de crimes de: ofensas corporais simples; ofensa à integridade física por negligência; difamação; injúrias; furto simples; dano simples; alteração de marcos; e burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, desde que não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma. A apreciação de um pedido de indemnização cível, nos termos anteriores, preclude a possibilidade de instaurar o respectivo procedimento criminal. Nos Julgados de Paz, em princípio, não é obrigatório o patrocínio forense, apesar de qualquer das partes se poder fazer acompanhar por advogado, advogado estagiário ou por solicitador.

Cada Julgado de Paz disporá de um serviço de atendimento, de um serviço de apoio administrativo e de um serviço de mediação que funciona nas suas instalações e tem competência para mediar qualquer litígio, mesmo que excluído da competência do Julgado de Paz.

O juiz de paz deverá ter nacionalidade portuguesa, ser licenciado em direito, ter idade superior a 30 anos, estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos, não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra actividade pública ou privada O recrutamento e selecção dos juízes de paz é feito por concurso público, mediante avaliação curricular e provas públicas. A lei quadro dos Julgados de Paz estabelece que os juízes de paz estão sujeitos às incompatibilidades e suspeições que vigoram para os juízes, para além de não poderem desempenhar qualquer outra função pública ou privada de natureza profissional. Podem, no entanto, desempenhar funções de docência ou de investigação científica não

remuneradas, se autorizados pelo Conselho de Acompanhamento e se não implicar prejuízo para o serviço. A sua remuneração será correspondente ao escalão mais elevado da categoria de assessor principal da carreira técnica superior do regime geral da Administração Pública.

A introdução dos Julgados de Paz no ordenamento jurídico português suscitou um certo debate. Diversas personalidades e entidades públicas e privadas emitiram pareceres, que, em geral, louvam a iniciativa, mas também lhe dirigem algumas criticas, como sejam, a necessidade do alargamento das suas competências na área penal e da alteração do estatuto dos juízes de paz, conferindo-lhes mais independência e auto-organização. Como projectos experimentais, os Julgados de Paz serão implementados no início de 2002, em quatro municípios – Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia. A entrada em funcionamento, a título experimental, e a sua consequente avaliação, por uma Comissão de Acompanhamento, criada no âmbito da Assembleia da República, nos dirão se os Julgados de Paz vencerão esta primeira fase e poderão ser generalizados a todo o país.

CAPÍTULO V

AS PROFISSÕES JURÍDICAS ENTRE A CRISE E A RENOVAÇÃO: O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO EM PORTUGAL

Introdução

Alguns autores tendem a considerar que as profissões estão actualmente em «crise» devido às profundas mudanças que abalam os seus alicerces identitários. Eliot Freidson (2000) opõe-se, contudo, a esta visão de que as mudanças na posição dos profissionais são indícios ou sintomas do declínio e desaparecimento das profissões e sustenta que os elementos essenciais do profissionalismo assumem actualmente outras características. Assim, a sua análise da evolução das profissões na sociedade pós-industrial parte das recentes mudanças da opinião pública, do mercado e das políticas estatais. A transformação das profissões está, deste modo, interligada com as transformações da sociedade, num sentido amplo. E falar de «crise» das profissões implica uma reflexão sobre que profissões estão em «crise» e que factores explicam essa situação. Passando um rápido olhar sobre as profissões em «crise» verificamos que as principais «atingidas» são as profissões tradicionais com um estatuto social elevado, como sejam os médicos, advogados, políticos ou professores. Outras profissões menos valorizadas socialmente ou com um menor impacto na sociedade são excluídas desta análise ou, em caso de extinção, esquecidas. No entanto, a «crise» destas profissões acontece no preciso momento em que aumenta a competitividade profissional, com o surgimento de «novas» profissões, a reconversão de outras e se questiona os monopólios de conhecimento e de exercício profissional.

Neste capítulo, a partir de uma breve reflexão sobre a transformação das profissões, em geral, vamos analisar algumas das tendências recentes da transformação das profissões jurídicas. Estas mudanças que se observam, nos nossos dias, devem-se a factores internos e externos e implicam uma reformulação das práticas profissionais, designadamente ao nível da especialização, da muldisciplinaridade, da organização

profissional, dos métodos de trabalho, da prestação de serviços, da autonomia e organização profissional e da identidade profissional. Estes impactos são distintos consoante falamos de profissões jurídicas a exercer em serviços públicos, com funções relativamente estáveis, ou de profissionais liberais, mais dependentes das regras de mercado.

A transformação das profissões jurídicas está igualmente relacionada com a mudança do paradigma da justiça. Deste modo, as recentes tendências de desjudicialização e de desenvolvimento de meios alternativos de resolução de litígios, retirando dos tribunais os casos em que não existe conflito para dirimir ou o conflito é de baixa intensidade, impõe a criação e adaptação de "novas" e "velhas" profissões, assim como das próprias instituições, nomeadamente os tribunais. Este processo começa a observar-se igualmente em Portugal, de uma forma gradual e através de medidas pontuais inseridas numa visão global de reforma do sistema judicial e das práticas profissionais dos operadores envolvidos. Os recentes Decretos-Lei (n.ºs 272 e 273/2001) publicados pelo Governo, após a discussão pública de uma proposta de repartição de competências entre as profissões jurídicas, procurando desjudicializar determinados actos processuais, inserem-se neste movimento e servem de pretexto para a análise que efectuamos, através da selecção de alguns exemplos e dos seus impactos seja nas profissões jurídicas, nas profissões auxiliares da administração da justiça ou mesmo nos tribunais.

A compreensão dos fenómenos de transformação das profissões jurídicas é mais fácil quando as analisamos separadamente. De seguida, vamos então abordar, por um lado, algumas das tendências por que atravessam as principais profissões jurídicas "tradicionais", nomeadamente os advogados, notários e conservadores e, por outro lado, exemplos de "novas" profissões relacionadas com a prática jurídica, recorrendo para tal à experiência comparada através da análise de profissões existentes noutros países. Procurámos assim estudar as «novas» profissões análogas às existentes em Portugal, como os *procuradores* em Espanha ou os *legal executives* na Grã-Bretanha, que de algum modo desempenham funções similares aos soclicitadores, ou bastante diferentes ou inexistentes no nosso país: os *huissiers de justice*, os *médiateurs de justice* e os *conciliateurs de justice* em França. Por fim, introduzimos uma breve análise sobre o

papel do Ministério Público, devido ao facto das reformas desjudicializadoras, em curso, alterarem também as competências desta magistratura[197]. Posteriormente, retiramos um conjunto de conclusões sobre as matérias abordadas.

1. A transformação das profissões

As profissões encontram-se, neste início de século, em permanentes transformações. Estas ocorrem em tempos e espaços distintos de acordo com as necessidades sociais e, não menos importantes, profissionais. Aliás, as transformações promovidas pelas próprias profissões, segundo estratégias de revalorização profissional ou de manutenção de um *status quo*, são elementos constantes da evolução das sociedades desde os tempos mais remotos até aos nossos dias.

As profissões podem ser consideradas em função da organização das competências técnicas e do poder que detém em sectores particularmente relevantes da vida social. Maria Rosaria Ferrarese (1992: 43) distingue como elementos importantes na caracterização das profissões a competência e o poder. A competência é o elemento-chave de qualquer profissão "por possibilitar uma forma de monopólio do conhecimento técnico por parte do grupo profissional". O poder "consiste no facto de a profissão poder usar de maneira privilegiada, mesmo monopolisticamente, esses conhecimentos técnicos" (Ferrarese: 1992: 43). As profissões são, hoje em dia, confrontadas com um conjunto de transformações societais que as impele a actualizar quer as suas competências quer os equilíbrios de poder existentes entre os vários grupos profissionais. Waldez Ludwig (2000), um consultor de gestão empresarial, considera que estamos a entrar numa era em que a tendência é para a acumulação de várias profissões num só indivíduo, apontando como o mais indicado para se sobreviver profissionalmente a escolha, não só de uma profissão, mas de várias profissões.

[197] Este capítulo pretende estudar a transformação das profissões jurídicas em função do movimento de desjudicialização dos conflitos que chegam aos tribunais. Deste modo, o seu impacto praticamente não se faz sentir na profissão de juiz, facto que nos levou a excluir esta profissão deste estudo. As transformações que atravessa a profissão de juiz inserem-se dentro do ponto relativo à transformação das profissões jurídicas em geral e em particular as que exercem funções em entidades estatais, como é o caso dos tribunais.

No entanto, e independentemente das perspectivas teóricas, é consensual afirmar-se que o protagonismo das profissões é cada vez maior. Talcott Parsons referiu inclusive que "o desenvolvimento e aumento da importância das profissões constitui provavelmente a mais importante mudança ocorrida no sistema ocupacional das sociedades modernas" (*in* Rodrigues e Carapinheiro, 1998: 147). Ora, estas mudanças continuam a ocorrer e têm vindo a contribuir para a redefinição de noções como profissão e profissionalismo e permitindo, ainda, o surgimento de novas noções como a de pós-profissionalismo. "Se é verdade que em muitas circunstâncias se contesta hoje o poder dos profissionais e não se aceita, sem discutir, a sua autoridade, é também verdade que o modelo associado ao profissionalismo se divulgou como um valor positivo, oposto ao do amadorismo, assalariamento, funcionalismo e outros, passando a profissionalização a constituir uma aspiração de muitos grupos profissionais pelo poder, prestígio e autonomia que lhe estão associados" (Rodrigues e Carapinheiro, 1998: 147-148)[198].

1.1. Profissões, profissionalismo e pós-profissionalismo: as velhas e as novas profissões

O conceito de profissão tem tido vários significados ao longo dos tempos[199]. Herbert Kritzer (1999) considera três definições, que sintetizamos: a de senso comum, que é sinónima de ocupação, em oposição a amador; a histórica, que inclui um conjunto de ocupações que exigem formação específica e selecção através do mérito demonstrado e uma avaliação por outros profissionais da mesma área; e a sociológica, que usa a palavra profissional num sentido mais restrito. Nesta última definição, dois elementos são fundamentais na caracterização da profissão: a exclusividade profissional e a utilização de conhecimento abstracto. Algumas profissões conseguiram adicionar outros conceitos, tais como altruísmo, autonomia regulatória e independência face aos

[198] Tomando como exemplo de estratégias profissionais distintas o caso dos médicos e enfermeiros, verificamos que os primeiros lutam pela manutenção do seu poder e prestígio e os segundos procuram imiscuir-se num espaço reservado tradicionalmente apenas aos médicos (Rodrigues e Carapinheiro, 1998; Carapinheiro, 1998; Ruivo, 1987; Pimentel *et al*, 1991).

[199] Sobre a evolução das profissões e dos modelos de análise ver Rodrigues (1997).

"clientes" e Estado, que contribuíram para uma maior afirmação em relação a outras profissões (caso da medicina e da advocacia).

O pós-profissionalismo, na ideia de Kritzer, implica a combinação de três elementos: a perda de exclusividade profissional; a crescente segmentação da utilização do conhecimento abstracto através da especialização; e o crescimento do uso das novas tecnologias no acesso às fontes de informação. Esta nova realidade permite que os serviços antes desempenhados exclusivamente por certas profissões possam agora ser efectuados por um conjunto de profissões especializadas. A resistência das profissões tradicionais não conseguiu combater a crescente especialização e segmentação de tarefas, bem como o acesso alargado à informação, em especial através da *internet*. Assim, o pós-profissionalismo de Kritzer combina as complexidades desta evolução profissional com a multiplicidade de modos em que se manifestam, nomeadamente nas mudanças dos padrões de influencia política, na racionalização do conhecimento e no crescimento das tecnologias como instrumento de trabalho e acesso à informação.

Richard Abel (1986) argumenta que as profissões são entidades que procuram, por natureza, limitar o acesso à profissão e reduzir os níveis de competição interna, e que algumas profissões, como por exemplo as jurídicas, os economistas ou os arquitectos, perderam estes mecanismos de controlo. O pós-profissionalismo caracteriza-se, então, por um especialização dos serviços prestados pelos vários profissionais de forma idêntica ao que sucedeu com a especialização de produtos. Como esta especialização de implicou a deslocalização da mão-de-obra, também a especialização verificada na produção de serviços impõe uma flexibilidade de recursos humanos, quer a nível contratual quer mesmo em termos geográficos. Como refere Kritzer (1999: 718), "A alteração da natureza do trabalho combinada com a diminuição do emprego estatal e a globalização da actividade económica constituem as condições para a emergência do pós-profissionalismo".

1.2. A perda de auto-controlo profissional

Ao relembrar o que afirmámos atrás sobre o declínio das profissões e a perda de controlo profissional (Abel, 1986) verifica-se que existem três factores principais que

contribuem para esta realidade (Kritzer, 1999: 718): a alteração da natureza do trabalho, a transformação dos mecanismos de controlo e autonomia profissional e a globalização da prestação de serviços profissionais.

Em relação às alterações na natureza do trabalho verifica-se um declínio do trabalho manual, um aumento da racionalização das tarefas e a introdução das tecnologias de informação. A racionalização do trabalho envolve três elementos: a formalização e sistematização da distribuição de conhecimento, o desenvolvimento de procedimentos estandardizados e a segmentação da prática profissional. Estas transformações vão, posteriormente, ter repercussões na especialização profissional e na delegação de competências. Os médicos, os advogados ou os engenheiros passam a intitular-se especialistas em algumas áreas específicas, e abandonam a ideia generalista que cultivaram durante anos[200]. Esta especialização ocorre onde existe um mercado dinâmico e de dimensão assinalável. Neste sentido, a especialização acarreta igualmente uma forma de estratificação profissional que, por sua vez, vai reformular as identidades profissionais, sub-dividindo-as (os neurocirurgiões, por exemplo, adquiriram um reconhecimento sócio-profissional mais elevado que os médicos de família ou os engenheiros civis em relação aos engenheiros geológicos). E é dentro desta crescente especialização que surge a delegação de competências noutros profissionais que vão colaborar no exercício das tarefas. Quanto mais especializado o trabalho, mais espartilhado, logo permite delimitar um conjunto de procedimentos rotineiros e simples, capazes de serem executadas por profissionais com níveis de formação mais baixos.

Os impactos da especialização e, consequente, delegação de tarefas vão no sentido de responder às crescentes necessidades e sofisticação dos clientes, que exigem cada vez mais um acesso directo a esses novos profissionais e uma redução dos custos. Esta situação é tanto mais paradoxal quando sabemos que muitas destas novas profissões foram "criadas" pelas profissões tradicionais com o objectivo de atingir níveis de eficiência mais elevados. Foram os próprios profissionais "tradicionais" a criar

[200] Entre os médicos existem distinções consoante as especialidades, como cardiologistas, obstretas, neuro-cirurgiões, demonstrando uma actividade profissional cada vez mais segmentada. A mesma coisa ocorreu com engenheiros (civis, hidráulicos, de minas, etc.) ou com os juristas (constitucionalistas, administrativistas, penalistas, etc.).

ou a colaborar na criação das condições necessárias para a emergência do pós-profissionalismo.

As transformações na autonomia e controlo profissional têm igualmente gerado bastantes discussões. Ao longo dos tempos era o Estado que garantia a exclusividade profissional em nome do "interesse público", limitando os mecanismos de acesso e dando grande autonomia às profissões. Actualmente, as novas profissões, com níveis de formação inferior conseguem assegurar as mesmas tarefas, com custos mais baixos e com a mesma qualidade. Neste sentido, o Estado deixa de manter a "protecção" às profissões tradicionais, promovendo o ensino de novas variantes mais especializadas e com níveis de formação inferiores, visto que necessitam de menos conhecimentos para executarem tarefas rotineiras e específicas. O Estado mantém, no entanto, o controlo de acesso às profissões através da regulação do ensino público e privado, que não exerce de forma muito restritiva, permitindo assim uma massificação das profissões "tradicionais". Esta massificação tem a vantagem para o Estado de permitir diluir os poderes profissionais, em especial nas profissões liberais que dependem largamente do funcionamento do mercado, como é o caso dos arquitectos, engenheiros e advogados e, em parte, os médicos[201].

As profissões "em perda" procuram resistir a este processo, argumentando que os profissionais que não possuam determinado nível de conhecimentos não podem assegurar um desempenho com qualidade e uma compreensão das complexas interrelações sociais, bem como as particularidades e especificidades de cada caso. Alertam para a necessidade de proteger os direitos dos cidadãos ao garantir uma assistência com qualidade, a qual só pode ser assegurada com uma formação profissional adequada[202].

[201] Este argumento não se aplica da mesma forma aos médicos, porque estes integram, em parte, o funcionalismo público, facto que permite níveis de organização profissional mais fortes e direccionados, neste caso, ao Estado, nomeadamente na apresentação de reivindicações salariais e profissionais.

[202] Em Portugal, a polémica gerada à volta dos dentistas brasileiros, que procuravam adquirir um diploma equivalente, esbarrarou com a oposição dos dentistas portugueses alegando que aqueles não possuem um nível de formação equivalente ao português. Em causa, como sabemos, estava, e está, a forte competição existente actualmente no sector.

1.3. A globalização dos serviços e as novas tecnologias

A globalização do sector dos serviços tem contribuído igualmente para a transformação das profissões tradicionais e para o aparecimento de novas profissões. Desde logo, permitiu abrir os horizontes geográficos dos profissionais, que deixaram de exercer numa base local. Médicos, juristas e contabilistas exerciam a sua profissão localmente. Os contabilistas foram os primeiros a globalizar-se, visto que trabalham em multinacionais que operam em várias partes do mundo. De seguida, foram os juristas, procurando resolver as crescentes necessidades das multinacionais no seu processo de globalização, designadamente na adequação dos seus interesses às legislações nacionais, regionais e locais. As grandes empresas de advocacia e consultoria jurídica são o reflexo desse processo, actuando à escala global ou associando-se a parceiros locais. Por último, a medicina, com as novas possibilidades tecnológicas, tornou possível que os médicos efectuem consultas e operações à distância, para além da mobilidade que alguns profissionais demonstram ao circularem pelo mundo no exercício da sua profissão. Existem inclusive serviços médicos que começam a globalizar o seu raio de acção, juntamente com outras empresas financeiras. A saúde tornou-se, nestes últimos anos, um serviço de grande valor mercantil e como tal sujeito às regras de funcionamento do capitalismo.

No que respeita às tecnologias de informação, e às transformações decorrentes da acumulação de conhecimento e sua distribuição na sociedade, verifica-se que a necessidade de contratar pessoal altamente especializado tende a diminuir substancialmente face a uma crescente facilidade de acesso e manuseamento da informação necessária. Ao nível das profissões médicas ou jurídicas, a constituição de bases de dados temáticas permitiu alterar as tradicionais técnicas de investigação, levando correntemente à delegação de tarefas, por exemplo, dos médicos em enfermeiros e de advogados em assistentes jurídicos ou *paralegals*[203].

[203] Os *paralegals* ou paralegais, segundo o relatório do European Research Network on Judicial Systems (2000: 17), são profissionais que, por vezes, desempenham o mesmo trabalho que outras profissões jurídicas como os advogados ou solicitadores, embora a maioria não possua qualificações profissionais adequadas, aprendendo, na sua maioria, através da prática.

O incremento das tecnologias de comunicação e dos meios de transporte permitiu acelerar os procedimentos e veio facilitar o mundo dos negócios. Deste modo, a restrição da competição e a manutenção do monopólio profissional torna-se muito difícil de conseguir. As resistências à aberturas das profissões tradicionais a outros profissionais menos qualificados são grandes, mas têm um sucesso limitado.

2. As transformações das profissões jurídicas

Este processo de acelerada transformação refere-se não só às profissões jurídicas ditas tradicionais, mas também às novas profissões que têm surgido nos últimos anos. A redefinição de ambas é complexa e envolve frequentemente ambiguidades, tensões e incertezas, aliando-se a este processo uma crescente pulverização dos poderes profissionais ou, pelo menos, uma redistribuição dos mesmos (ou novos fenómenos de concentração). Kent Roach, num relatório canadiano que procura antever a situação do mundo jurídico no ano 2020, recorrendo a um artigo de G. Burrows publicado em 1913 no Yale Law Journal, questiona: "Porque estão tantos membros das profissões jurídicas em difíceis condições económicas? A resposta a esta questão é «mudança de condições». A prática jurídica tornou-se comercial. Passou de uma profissão para se transformar num negócio e que grande negócio. Os interesses financeiros debruçaram-se sobre as profissões jurídicas e gradualmente as envolveram e as controlaram… Devemos continuar a praticar o Direito como uma profissão, honrando as suas tradições e estimando os seus grandes ideais, morrendo pobre, ou devemos abrir os olhos e passar para o mundo dos negócios…" (cf. Burrows *in* Roach, 1999: 77).

Ao nível específico da organização e prática das profissões jurídicas tradicionais, a conjugação dos vários fenómenos analisados atrás origina o que Herbert Kritzer (1999) considera ser "(…) um verdadeiro tremor através das suas fundações institucionais". Avrom Sherr (2001), por seu lado, aborda as transformações que se verificam nas profissões jurídicas relacionando-as com três aspectos: o desempenho profissional, a carreira profissional e a formação jurídica. Deste modo, considera que a formação jurídica de base deve adequar-se ao que é hoje a realidade das profissões jurídicas, que em muito se distancia da imagem romântica dos cursos de direito

administrados nas faculdades. Enquanto outros autores abordam a questão dos factores externos na transformação das profissões jurídicas (número de profissionais, relações com o Estado e o mercado ou o comportamento profissional, entre outros), Sherr centra a sua análise nos factores internos, designadamente nas tarefas desempenhadas e na divisão de competências jurídicas. Assim, constata a existência de uma profunda alteração do paradigma que orienta as profissões jurídicas. No entanto, não deve ser descurado o impacto dos factores externos, nomeadamente económicos, políticos e sociais, como referem Dezalay (1992) e Animali e Sciaffi (1995).

A profissão de jurista é bastante abrangente e inclui situações muito diversas. Pode referir-se a "velhas" ou "novas" profissões. A característica comum às várias profissões jurídicas é a base de formação em Direito. Maria Ferrarese considera que "a diferenciação do campo jurídico em diversas figuras profissionais responde à necessidade de adequar as diversas distâncias existentes entre o direito e a sociedade e as distintas modalidades de solucionar os potenciais conflitos entre estes dois mundos" (1992: 46). De forma simplista, e utilizando Portugal como exemplo, podemos fazer a seguinte distinção dentro da categoria de jurista (profissional com formação jurídica): 1) os advogados, a exercerem individualmente ou associando-se em empresas de prestação de serviços jurídicos, podendo ainda prestar serviços para empresas ou entidades estatais; 2) as profissões "tradicionais" (juízes, magistrados do Ministério Público, conservadores e notários); 3) os consultores e assessores jurídicos de empresas, entidades públicas ou associações; 4) os assessores jurídicos em equipas multidisciplinares de decisão/intervenção económica e social; 5) os professores de direito; 6) as "novas" profissões (juízes de paz, assistentes/assessores judiciais, mediadores e conciliadores)[204]. Nalgumas destas novas profissões, como é o caso dos conciliadores ou mediadores, pode haver profissionais com outra formação de base, para além da licenciatura em direito.

As profissões auxiliares da administração da justiça não obrigam a uma licenciatura em direito, mas podem também agrupar-se em "tradicionais" e

[204] O relatório sobre as saídas profissionais de juristas, elaborado para o caso português por José Miguel Júdice (2000), analisa uma conjunto de possibilidades para os licenciados em Direito, que não apenas as profissões ditas tradicionais, como por exemplo junto das autarquias, departamentos estatais, diplomacia,

"emergentes". Entre as primeiras, e recorrendo mais uma vez ao exemplo português, temos os oficiais de justiça e os solicitadores e, entre as segundas, por exemplo, os administradores judiciais. Neste ponto, bem como nos seguintes, vamos abordar essencialmente as transformações referentes às profissões jurídicas, deixando as profissões auxiliares para quando abordarmos o caso português.

Neste ponto vamos abordar alguns temas que estão inevitavelmente relacionados com estas transformações geradoras de insegurança e ansiedade, mas igualmente de oportunidade, levando mesmo alguns autores a referir que estamos numa era pós-profissional. Assim, vamos abordar sucintamente algumas das transformações sentidas no exercício das profissões jurídicas, velhas ou novas. No conjunto das mudanças observáveis constata-se, desde logo, um duplo movimento: por um lado, as práticas jurídicas vão, por vezes, mais depressa do que a legislação, desactualizando-a; por outro, é a própria legislação a impor alterações, redefinindo as competências de cada grupo profissional tendo em consideração os interesses dos cidadãos e o equilíbrio do mercado profissional.

2.1. As profissões jurídicas: mercado vs. serviço público

A distinção efectuada entre as diversas profissões jurídicas não é linear, porque actualmente pode haver o exercício simultâneo de actividades, como o caso dos professores de Direito que exercem, ao mesmo tempo, advocacia, podendo ainda ser consultores, assessores e emitir pareceres jurídicos para entidades privadas ou públicas. A excepção vai para os juízes, magistrados do Ministério Público, notários[205] e conservadores que exercem as suas funções em regime de exclusividade e, no futuro, os assistentes judiciais e os juízes de paz. A exclusividade está reservada apenas a profissões ainda integradas nas funções do Estado. As restantes actividades profissionais, embora exercendo essencialmente profissões liberais, podem

entre outras, procurando resolver alguns dos problemas resultantes do (na sua opinião) excesso de advogados.

[205] Como veremos no ponto referente à profissão de notário, a exclusividade profissional existente em Portugal é diferente da maioria dos restantes países onde existe igualmente a profissão de notário, em que estes são considerados profissionais liberais, embora sujeitos a algumas limitações.

desempenhar também funções junto de serviços públicos através de contratos de prestação de serviços ou outras figuras contratuais.

Deste modo, a transformação das profissões jurídicas depende, em parte, do exercício liberal ou no âmbito do Estado da profissão, variando assim o ritmo e as características das mudanças operadas nos últimos tempos[206]. As transformações das profissões dependentes do funcionamento do mercado têm sido mais rápidas e profundas, devido à necessidade de responder às exigências dos clientes e de assegurar a "sobrevivência" profissional. As profissões integradas no Estado sentem menor necessidade em se adaptarem à mudança das condições de trabalho e resistem à transformação das suas profissões. As profissões liberais, em especial os advogados, opõem-se, por sua vez, à repartição de competências por outras profissões, novas ou velhas, na tentativa de manutenção do monopólio de execução de tarefas que tradicionalmente lhe eram atribuídas, resistindo assim ao aparecimento e afirmação de novos profissionais como os mediadores ou conciliadores. Esta oposição obstaculiza, igualmente, a alteração do funcionamento do sistema judicial, em especial nas medidas que possam afectar, por um lado, os seus rendimentos e, por outro, a limitação do exercício profissional.

Assim, enquanto que a transformação das profissões públicas são estimuladas, essencialmente, a partir de factores exógenos (pressão pública, Governo, instâncias internacionais, etc.), as mudanças ocorridas junto das profissões liberais devem-se, a uma complexidade de factores (adaptabilidade ao mercado e à concorrência profissional). Existe, evidentemente, um cruzamento de factores exógenos e endógenos, mas é certo que as profissões públicas são mais passivas e reactivas, ao passo que as profissões liberais são mais proactivas. Umas e outras, no entanto, procuram a sua valorização profissional, situação que pode colidir, por vezes, com o interesse geral dos cidadãos e do bom funcionamento da justiça.

As características profissionais, que enunciamos nos pontos seguintes, embora se possam reportar a todas as profissões jurídicas, dirigem-se especialmente às que

[206] Maria Rosaria Ferrarese considera que as profissões jurídicas "circulam", por natureza, na esfera dos poderes estatais, devido a questões simbólicas ou de legitimidade, que se relacionam, por sua vez, com as

dependem do mercado e exercem a profissão de uma forma liberal, com a excepção do ponto referente à organização empresarial que é, naturalmente, exclusivo das profissões liberais.

2.2. A especialização profissional: a "industrialização" e despersonalização dos serviços jurídicos

O tema da especialização profissional é ainda hoje controverso porque as profissões jurídicas tradicionais sempre cultivaram a imagem de profissionais generalistas, embora as "empresas jurídicas" há muito se especializem em determinadas áreas. A questão principal passa por saber que requisitos são necessários para se denominar de especialista, quem está habilitado para atribuir essa certificação e em que situações se pode fazê-lo. Não obstante as dúvidas surgidas com os procedimentos, a realidade diz-nos que a especialização é uma prática corrente, independentemente do modo como os profissionais atingem esse estatuto. Outra das vertentes relacionada com o reconhecimento das especializações, é a necessidade que existe em saber que dimensão deve adoptar cada especialização, isto é, torna-se necessário saber se a especialização deve caminhar no sentido específico das áreas do direito ou se deve incluir outras áreas de natureza multidisciplinar (fiscalidade, segurança social, mercado de acções, etc.). De qualquer modo, o processo de especialização tem-se vindo a fazer através do sistema de prática profissional, e não tanto com o recurso a uma formação específica, atravessando quer as profissões liberais quer as profissões públicas, com a especialização, por exemplo, de tribunais ou de conservatórias.

Neste âmbito, Kritzer (1999: 725) questiona se não devemos agora inverter o processo de modo a que a especialização necessite igualmente de uma formação teórica consistente e não se processe apenas nos escritórios. Isto implica, não só a adaptação das empresas e do mercado jurídico (que já está num estado evolutivo razoável), mas igualmente a introdução de mudanças no sistema de ensino universitário, procurando responder às necessidades dos profissionais.

---

competências e os poderes profissionais. O exercício profissional junto do mercado ou dos serviços públicos proporciona, assim, diferentes graus de poder simbólico e profissional (1992: 44).

Avrom Sherr considera que se assiste actualmente a uma «industrialização» do área jurídica em resultado da especialização das profissões jurídicas, da competição e das alterações no tipo de apoio jurídico. O trabalho passa a estar organizado de uma forma estandardizada e repetitiva, com uma separação das tarefas e actividades, desconstruindo um trabalho com um alto grau de complexidade. E é desta imagem de repetição e especialização que muitos juristas se têm queixado, causando *stress* e desânimo face a este espartilhamento profissional. A consequência desta nova forma de organização nas empresas jurídicas contribui para alterar o "velho" paradigma da relação pessoal entre jurista, designadamente advogado e cliente, visto que no decurso do processo podem intervir vários juristas e não juristas na realização dos procedimentos necessários.

Esta nova realidade, além de alterar o relacionamento entre jurista e cliente, provocou uma reorganização nos modos de operação das próprias empresas de prestação de serviços jurídicos ou dos serviços judiciais. Torna-se hoje possível que o cliente solicite o apoio de uma empresa e nunca, ou raramente, contacte com o jurista escolhido, mas apenas com outros profissionais que integram essa equipa. No caso dos tribunais os utentes podem limitar-se a contactar com mediadores ou conciliadores, raramente entrando em contacto com os magistrados. Estes, por sua vez, e tal como os restantes juristas, começam a direccionar a sua carreira num âmbito de uma determinada especialidade, como acontece com os tribunais administrativos, de trabalho ou de família e menores.

O paradigma tradicional baseava-se no relacionamento directo entre profissional e cliente, acompanhando o processo até ao seu fim. Este modelo já deixou de existir nas grandes firmas de advogados há alguns anos, com a criação de grandes equipas compostas por várias especialidades e profissionais de formação e competências distintas. Esta mudança alargou o tipo de serviços prestados, os quais não se confinam apenas ao exercício da advocacia, mas incluem igualmente a consultoria, a assessoria, a prestação de serviços, entre outras modalidades que vieram reconfigurar os "velhos" escritórios de advocacia, transformando-os em empresas de prestação de serviços jurídicos. No entanto, na opinião de Sherr, o sistema de formação jurídica ainda se baseia no modelo tradicional de relação entre jurista e cliente, sentindo dificuldades em

se adaptar a uma realidade bastante diferente. Mas as transformações não se limitam à prática profissional, abarcando ainda os conceitos e classificações jurídicas[207]. Portanto, a reformulação das profissões jurídicas implica, igualmente, um repensar dos modelos de formação, procurando adequar os níveis de ensino às necessidades quer das profissões jurídicas quer das novas profissões emergentes ou ainda da especialização dos profissionais. A este nível, urge igualmente repensar a estruturação das próprias profissões, no sentido de relacionar a evolução na carreira com o tipo de trabalho desempenhado e as especializações relacionadas com a divisão do trabalho jurídico[208]. Hoje em dia questiona-se a formação generalista dada a profissionais do foro quando se verifica uma crescente especialização dos escritórios de prestação de serviços jurídicos, com uma divisão de trabalho devidamente definida.

2.3. A multidisciplinaridade

A multidisciplinaridade é outra vertente bastante discutida actualmente, em particular no que respeita à redefinição das práticas jurídicas, ao controlo profissional e ao tipo de associação empresarial que estes profissionais devem assumir. Esta vertente está directamente relacionada com a especialização, embora não seja uma consequência imediata desta. Assim, em relação à redefinição das práticas jurídicas, a integração de novas profissões jurídicas e o recurso a outras não jurídicas (economistas, assistentes sociais, etc.) tem permitido alterar quer os métodos de trabalho quer mesmo o seu conteúdo. Neste sentido, aumenta-se a complexidade da análise e reforça-se a argumentação. No entanto, dilui-se a relação directa entre jurista e cliente e passa a haver um relacionamento adaptado às várias vertentes que determinado assunto envolve, incluindo diferentes profissionais. Pode observar-se este processo, por exemplo, num escritório de advogados, em relação a uma acção de avaliação de dano

[207] Avrom Sherr (2001) refere, a título de exemplo, alguns dos conceitos e classificações que se encontram em reflexão. Entre os novos conceitos destacam-se os de: necessidade relativa, risco, direito (*right*), relacionamento (*relationship*), responsabilidade, reparação e qualidade de vida. Entre as classificações postas em causa realce para as de: Estado, indivíduo, família, *body corporate*, *trust*, ambiente, capacidade e conflito.

[208] No ponto referente aos advogados veremos, através da descrição de Sherr (2001), algumas das tarefas, desempenhadas por diferentes profissionais, desenvolvidas num escritório de advocacia moderno.

corporal com o recurso a peritos médicos, ou nos tribunais de menores, onde os assistentes sociais tem um papel fundamental no apoio à decisão do juiz.

Uma resistência a este processo vem das profissões tradicionais, dos advogados, por defenderem que num processo não devem actuar sobre a supervisão ou controlo de profissionais não juristas, ou dos juízes, por considerarem que ainda são "os peritos dos peritos". Esta posição enfraquece-se quando confrontados com os processos de globalização actuais, que impõem múltiplas formas de trabalho e liderança, bem como a necessidade de se socorrer de profissionais de distintas formações em diferentes momentos.

Este processo origina, por parte das profissões jurídicas tradicionais, uma reacção paradoxal. No momento em que adquirem uma maior notoriedade face à crescente juridificação e complexidade da vida quotidiana, verificamos que as suas prerrogativas tradicionais se encontram em discussão com as exigências de multidisciplinaridade na abordagem das grandes questões. Kritzer (1999) usa o exemplo das vitórias dos advogados contra as grandes industrias tabaqueiras norte-americanas para explicar este processo, em que os procedimentos implicaram o recurso, entre outros, a contabilistas, peritos ou *paralegals*. Os magistrados, ao exigirem melhores condições de trabalho e, ao mesmo tempo, uma restrição no acesso à profissão contribuem para o aparecimento dos assistentes/assessores judiciais. Portanto, com a tentativa de afirmação de maiores poderes pelas profissões jurídicas tradicionais, temos a consolidação de novos profissionais que, por um lado, exigem uma partilha de tarefas e, por outro, são fundamentais para o exercício profissional das primeiras.

Mesmo os mais variados organismos profissionais, nos diversos países, como a American Bar Association, a Dutch Bar, a English Law Society ou a International Bar Association, entre outras (Kritzer, 1999: 726), tem vindo a debruçar-se sobre este assunto, assumindo posições favoráveis a que este processo se desenvolva, embora procurando que se faça segundo algumas regras. "Nos próximos anos, as linhas entre as profissões, quer formais ou gerais, tal como se encontravam delineadas ao longo do século XX, ficarão cada vez menos perceptíveis e poderão mesmo vir a desaparecer. Os tipos de serviços providenciados terão menos a ver com a distinção entre profissões e mais com as necessidades dos clientes" (Kritzer, 1999: 726).

2.4. A organização empresarial

A organização empresarial das profissões jurídicas relaciona-se apenas com os profissionais liberais. A estrutura das empresas jurídicas está igualmente a sofrer um processo de transformação. As empresas prestadoras de serviços jurídicos deixam de focar a sua actividade exclusivamente no Direito e no exercício da advocacia, enveredando por novas vertentes de acordo com as solicitações dos clientes. Duas alterações se vislumbram, desde já, segundo Kritzer (1999: 726), nestas empresas: em primeiro, além da distinção entre advogados-patrões ou sócios e advogados-assistentes (que tende a aumentar), as empresas jurídicas incluem categorias profissionais híbridas, dependendo da sua formação, do laço contratual, da especialidade e do tipo de procura existente em cada momento, podendo inclusivamente a gestão estar a cargo de um não jurista; em segundo, a crescente preocupação na dicotomia custos-eficiência faz aumentar o recurso a profissionais não juristas, sejam *paralegals*, assistentes jurídicos, secretárias jurídicas, entre outras, no desempenho de tarefas mais rotineiras e simples. As estas mudanças junta-se o facto das empresas deixarem de se especializar por áreas do Direito e passarem a dedicar-se a determinadas áreas económicas como, por exemplo, a indústria farmacêutica, a indústria de computadores ou a prestação de serviços de saúde, facto que implica o recurso a peritos nestas áreas. Nesta alteração de estratégia, são as próprias empresas jurídicas a aproximarem-se dos seus potenciais clientes, numa perspectiva proactiva, em vez da tradicional postura expectante.

A transformação do funcionamento da prestação de serviços jurídicos tem implicado ainda a transformação das relações profissionais, com o aumento do trabalho assalariado por parte dos profissionais jurídicos tradicionais, integrando empresas jurídicas numa relação de dependência e não de associado. Os números indicam que assistimos a uma redução dos profissionais liberais nesta área em favor de empresas com cada vez mais juristas contratados e "afins". A concentração e globalização dos serviços jurídico-legais encontra-se igualmente num ritmo bastante elevado, a par da evolução das multinacionais. Por isso Yves Dezalay (1992) fala dos mercados de

Direito e do que isso implica ao nível das velhas e novas profissões, bem como nas estratégias comerciais adoptadas.

As próprias empresas jurídicas têm vindo a adaptar o seu modo de funcionamento e linguagem de acordo com os modelos de gestão empresarial mais modernos, bem como a utilização de conceitos como responsabilidade, tecnologia de informação, gestão de qualidade, entre outros. Neste sentido, as empresas procuram recorrer a outras profissões que possam executar a tarefas necessárias a custos reduzidos, sem ter que necessariamente estabelecer um vínculo contratual, recorrendo, por vezes, a um sistema de subcontratação. Outra alteração que se verifica relaciona-se com a estratégia de recrutamento de profissionais para as empresas jurídicas, em que a perspectiva de entrada deixa de ser apenas por via do estágio e das categorias mais baixas (seguindo-se uma progressão dentro da empresa), e passa a funcionar pelas leis do mercado, com as empresas a procurarem contratar os recém-licenciados provenientes das faculdades de Direito mais importantes ou os profissionais com melhor cotação no mercado e/ou a trabalhar para outras empresas[209]. O ênfase das empresas jurídicas modernas deixa de estar vinculado ao desenvolvimento e autonomia profissional e passa a assentar numa estratégia de *marketing* e de prestação de serviços diversificados.

2.5. O efeito das novas tecnologias

As novas tecnologias vieram introduzir novos modos de trabalho e comunicação, quer dentro das profissões jurídicas quer entre estas e os seus clientes e os tribunais. A primeira vertente permite introduzir novos métodos de pesquisa, a custos mais baixos, assim como potencia a existência de filiais ou acordos de parceria entre empresas ou serviços geograficamente distantes. A facilidade de troca de informação encurta as distâncias e promove uma maior rapidez na realização dos actos, seja ao nível do mercado ou dos serviços públicos como os tribunais. A existência de modelos para determinadas acções origina igualmente a contratação de profissionais menos

[209] O *ranking* entre as faculdades de Direito dos Estados Unidos e do Canadá efectua-se, em parte, pelo número de alunos contratados pelas empresas a actuar na bolsa de Wall Street, em Nova Iorque, segundo David Wilkins, na sua intervenção "*Why global law firms should care about diversity: five lessons from the american experience*" apresentada no W. G. Hart Legal Workshop, Londres, em 27 de Junho de 2001.

qualificados ou com vínculos laborais mais precários, e por isso menos onerosos em termos salariais, por parte das profissões tradicionais ou serviços públicos, com o objectivo de acelerar os procedimentos e reduzir os custos.

A segunda vertente é o impacto das novas tecnologias no estabelecimento de comunicação entre juristas e clientes, facilitando, por um lado, mas despersonalizando, por outro. Embora esta evolução possibilite o aceleramento dos procedimentos, também é verdade que origina um menor contacto pessoal entre os clientes e os serviços jurídicos, inclusive pela intermediação de outros profissionais, influindo ao nível da responsabilidade. Os novos mecanismos tecnológicos permitem ainda funcionar como método de escolha das empresas jurídicas por parte dos potenciais clientes e vice-versa, situação facilmente verificável com uma pesquisa rápida na *internet*.

A disseminação destes novos procedimentos vai implicar igualmente a contratação de profissionais com uma formação híbrida, que colaborem na execução das tarefas delineadas pela empresa ou serviço. Uma das vertentes principais relaciona-se com a prestação de serviços informáticos e a sua adaptação às necessidades das empresas prestadoras de serviços jurídicos e dos tribunais, facto que implica, além da contratação de profissionais com conhecimentos informáticos, que os juristas possuam *know how* suficiente para desempenhar determinadas tarefas. Esta mudança acompanha a renovação das gerações, visto não ser fácil para as gerações mais antigas acompanharem o rápido desenvolvimento dos meios tecnológicos. E exige das empresas e demais serviços jurídicos, incluindo os tribunais, uma permanente actualização dos meios tecnológicos, o que implica custos acrescidos. Por conseguinte, se a introdução dos meios tecnológicos permite, por um lado, a redução dos custos processuais e do tempo processual também vai implicar, por outro, um esforço acrescido de recursos financeiros e na formação permanente dos profissionais.

A reformulação dos métodos de trabalho e uma nova divisão das tarefas desempenhadas pelos vários profissionais envolvidos é outra das vertentes que as novas tecnologias impõem no mundo do direito. A especialização é acompanhada por uma necessidade de flexibilidade na execução de tarefas distintas, ou seja, embora haja uma crescente especialização profissional também se lhes exige uma maior capacidade de mudança, de modo a adaptarem-se às rápidas mudanças que ocorrem, não só ao nível

das necessidades do mercado, mas também ao nível do desenvolvimento tecnológico, que pressupõe uma constante transformação no modo de realizar determinadas acções ou procedimentos.

Por fim, as novas tecnologias vieram permitir uma maior aceleração processual, diminuindo o tempo jurídico de cada acção. Naturalmente, surgem os modelos de procedimentos que aceleram a realização das tarefas mais rotineiras, facto que contribui para um potencial aumento da litigação, visto que o custo unitário de cada processo, para os vários profissionais na área do direito, baixou imenso, em especial nos mais comuns. Esta execução das tarefas veio assim potenciar uma maior procura dos serviços jurídicos, em particular os tribunais, obrigando os seus profissionais, no caso os magistrados, a despachar mais processos, de forma cada vez mais rotineira, para conseguir manter o expediente controlado. A redução dos custos empresariais na instauração de processos permitiu «industrializar» os procedimentos e veio facilitar o acesso à justiça, nomeadamente pelas grandes empresas[210]. Este acréscimo da procura, por via da simplicidade e rapidez dos procedimentos, exige aos tribunais e seus profissionais, uma capacidade de resposta que implica uma modernização constante dos meios tecnológicos e uma formação contínua dos profissionais envolvidos.

2.6. A diversificação de serviços jurídicos

A transformação das profissões jurídicas tem permitido alargar o leque de serviços prestados, nomeadamente ao nível da resolução de conflitos extrajudiciais de carácter empresarial ou social, de acordo com a evolução da sociedade, das profissões e das leis.

A expansão de serviços jurídicos de características distintas, consoante os objectivos e os países em que se implementam, vem introduzir novos elementos na reconfiguração das profissões jurídicas. O alargamento do leque de entidades prestadoras de serviços jurídicos, públicas ou privadas, vai permitir a existência de

[210] Veja-se, por exemplo, o caso das secretarias gerais de injunção de Lisboa e Porto, que foram completamente informatizadas e viram aumentada, em muito, a sua capacidade de resposta à crescente procura dos seus serviços (Pedroso e Cruz, 2001; Santos, 2001).

características diferenciadas em função das habilitações do profissional, da natureza da entidade e dos objectivos prosseguidos. Muitos países estão a construir um sistema de acesso ao Direito e à justiça que implica a disseminação de prestadores de serviços jurídicos, seja criando unidades de raiz ou apoiando a dotação de entidades ou associações já existentes de pessoal qualificado. Os prestadores deste apoio, que visa democratizar o acesso ao Direito e à justiça, além de contribuir para o desenvolvimento dos direitos de cidadania, podem possuir distintos níveis de formação. Podem ser juristas ou não juristas, com uma formação adequada ao tipo de serviços a prestar (assistentes sociais, sociólogos, juristas, etc.).

Os serviços jurídicos podem ainda ser prestados através de um contrato de prestação de serviços jurídicos, em que o Estado pode contratar uma empresa para efectuar o serviço, ou nos próprios serviços do Estado (segurança social, saúde, etc.). Os profissionais podem ainda prestar o seu contributo como voluntários, seja dedicando parte do seu tempo apoiando os mais necessitados ou optando por ganhar experiência numa fase inicial da carreira em associações de solidariedade social. A opção que se coloca actualmente é reforçar a prestação de informação jurídica recorrendo a equipas multidisciplinares e, por isso, mas flexíveis perante as necessidades dos cidadãos.

2.7. A autonomia e organização profissional

Um estudo, da *Mission de Recherche Droit et Justice*, publicado em 1992 e coordenado por Jean-Louis Halperin (1994), procede à comparação entre várias profissões jurídicas e judiciárias, com incidências nos advogados, notários e magistrados, em quatro países europeus (França, Alemanha, Itália e Inglaterra), permitindo avaliar as suas transformações ao longo dos tempos, nomeadamente ao nível da organização profissional e códigos deontológicos. Assim, ao nível das estruturas profissionais, a organização judiciária centralizada inglesa favoreceu o aparecimento precoce de organizações profissionais de âmbito nacional, enquanto que nos outros países estudados, por terem estruturas judiciárias mais descentralizadas, as organizações profissionais surgiram a partir de estruturas locais. Nestes três países, estas estruturas locais favoreceram a implantação de um modelo corporativo reunido em ordens,

câmaras ou colégios profissionais. Em Inglaterra, as organizações corporativas viram a sua influencia decrescer em favor de associações de índole profissional como a *Law Society* ou o *Bar Council*, de adesão não obrigatória, mas com uma abrangência que lhes permite "de facto" dirigir as profissões. Este modelo associativo contrasta com o modelo corporativo existente nos outros países.

As relações entre as profissões e o Estado e o seu grau de autonomia são outras das vertentes destacadas por Halperin. Em Inglaterra, e em sequência da forte tradição liberal e democrática, as profissões jurídicas funcionam quase em regime de auto-governo, tendo para isso contribuído a não existência de regimes autoritários nos últimos séculos. Os outros países analisados, pelo seu lado, viram as tentativas do Estado de controlar as profissões jurídicas, situação que ocorreu em diferentes períodos e países. "A fragilidade do «poder judicial» e o carácter de funcionário público dos notários contribuíram igualmente para uma independência limitada das estruturas profissionais na França, Itália e Alemanha" (Halperin, 1994: 111). Mesmo em relação aos advogados existem, na Alemanha e Itália, mecanismos de controlo da profissão por parte do Ministério da Justiça, seja na admissão ou na fiscalização. A França está numa situação intermédia no que respeita à autonomia, onde a competência legislativa e regulamentar cabe ao Estado, mas em que as organizações profissionais detêm uma autonomia considerável.

O número efectivo de juristas actual também se compreende numa perspectiva histórica. Assim, a Itália tem uma tradição de possuir um grande número de juristas desde o século XIX, ao contrário da França, onde as lacunas se reportam a esse mesmo século. Também a desproporção existente em Inglaterra entre o pequeno número de *barristers* e o grande número de *solicitors* demonstra um grau de continuidade bastante acentuado. No entanto, nos últimos vinte anos registou-se um crescimento, em todos os países, no número de juristas face à explosão dos cursos universitários entretanto verificado.

O processo de profissionalização destas profissões tem implicado uma harmonização crescente dos mecanismos de formação e recrutamento. A evolução do notário ou do *solicitor* são exemplo desse processo, com a actual exigência de uma licenciatura. No caso dos advogados, após a licenciatura está-se a privilegiar a

realização de estágios e de uma formação complementar, acontecendo o mesmo para os magistrados. No que respeita ao recrutamento, verificou-se neste século uma maior democratização do acesso à profissão de jurista, embora ainda permaneça, como dizia Tocqueville, "uma espécie de classe privilegiada". Isto é, embora a taxa de renovação seja hoje superior à taxa de hereditariedade, verifica-se ainda uma grande influencia no percurso familiar como factor preponderante no acesso a estas profissões. A feminização das profissões jurídicas, em particular nos últimos vinte anos, contribuíram igualmente para o aumento da diversidade de profissionais, prevendo-se que o seu número supere o dos homens nos próximos anos.

A introdução de não juristas em áreas anteriormente exclusivas dos juristas, em especial dos advogados, permite aumentar a concorrência e diminuir os honorários cobrados. Segundo Kritzer (1999: 730) o governo inglês liderado por Margaret Tatcher, nos anos 80, promoveu o acesso de especialistas não juristas a realização de algumas tarefas ligadas ao notariado, tendo como consequência imediata a diminuição dos honorários cobrados. Existem assim, na opinião de Kritzer, outras áreas onde não juristas podem actuar, tais como testamentos rotineiros, divórcios não conflituosos, acidentes de automóveis, etc. O sucesso e expansão desta estratégia depende, em muito, do reconhecimento do público de que as alternativas sejam efectivas, acessíveis, seguras e pouco dispendiosas.

Em consequência desta alteração de estratégia verifica-se uma maior interferência na autonomia profissional, visto que deixa de haver justificação para a máxima de que um jurista só pode ser avaliado por outro jurista de igual formação, porque os conhecimentos deixam de ser exclusivos de uma só profissão. Agora, existem outros profissionais que podem colaborar na avaliação, desde que possuam os conhecimentos suficientes. Por tradição, era o Estado que delegava competências de autoregulação às diversas profissões[211], mas actualmente parece estar a assistir-se a um movimento inverso, devido ao facto dessas competências não serem, muitas das vezes, exercidas com eficácia e isenção[212]. Kritzer refere alguns países onde a intervenção do

[211] Sobre a problemática da auto-regulação profissional ver Vital Moreira (1997).

[212] Veja-se, a título de exemplo, o trabalho sobre o sistema de controlo interno das magistraturas portuguesas (Dias, 2001).

Estado começa a ser preponderante, como é o caso do Estado de Victoria na Austrália, onde essas competências passaram para agências públicas. Em Inglaterra, este tema começou já a ser discutido publicamente, face à ineficácia da actuação do órgão fiscalizador dos *solicitors*. Também na Inglaterra, face aos resultados obtidos, o Estado retirou do âmbito da Law Society a prestação do apoio jurídico, assumindo ele próprio a organização e funcionamento. A mesma orientação foi seguida pela província do Ontário, no Canadá, por considerarem que é mais importante providenciar serviços jurídicos do que serviços de advocacia, recorrendo às mais diversas profissões, desde que devidamente habilitadas para desempenhar as funções requeridas.

2.8. A identidade profissional

As rápidas mudanças verificadas têm igualmente reflexos nas identidades profissionais e na imagem que transparece do exercício de novas funções ou, pelo menos, no seu exercício de modo e em escala diferente. Uma das consequências destas transformações é a desprofissionalização ou descentralização das tarefas desempenhadas, que antes eram do foro exclusivo das profissões tradicionais. Deste modo, na opinião de Kritzer (1999), alguns serviços estão agora a ser desempenhados por profissionais não juristas que não tem obrigatoriamente um supervisão da sua actividade profissional, ao contrário do que sucede, por exemplo, com os advogados ou os notários.

A descentralização ou desprofissionalização das profissões jurídicas tradicionais pode ocorrer de dois modos, eventualmente, complementares: por iniciativa dos próprios juristas tradicionais e por iniciativa dos consumidores. Em relação ao primeiro, os juristas começam a delegar tarefas mais específicas e rotineiras, ficando com as partes mais complexas e com a coordenação dos trabalhos. No que respeita ao segundo modo, os consumidores começam a optar numa perspectiva de redução de custos, facto que os leva a recorrer a profissionais não juristas que realizam as mesmas tarefas que os juristas. Em 1986, Richard Abel afirmava tratarem-se de indícios de declínio das profissões tradicionais, como a de juristas ou médicos (*in* Kritzer, 1999). No entanto, será que podemos falar de declínio profissional? Não será antes um redefinir das

hierarquias profissionais, devido ao acesso quase incontrolado de profissionais? Será um reflexo da divisão do trabalho e da crescente especialização?

As profissões jurídicas tradicionais viveram, de facto, e durante muitos anos, uma grande estabilidade identitária, visto que o exercício da profissão pouco se alterou. No entanto, a rapidez das transformações verificadas nas últimas décadas obrigou as profissões jurídicas, voluntária ou involuntariamente, a adaptarem os seus estatutos e práticas profissionais às novas realidades.

A renovação identitária deve-se a vários factores, alguns deles já abordados atrás, e entre os quais destacamos sinteticamente os seguintes: a) a complexificação profissional, em virtude do surgimento de novas profissões na área jurídica; b) a alteração das competências profissionais devido à evolução das mecanismos judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios; c) a integração de juristas num leque muito abrangente de entidades públicas, privadas ou associativas; d) a crescente especialização profissional, de forma a responder melhor às exigências do mercado e à racionalização dos métodos de trabalho; d) a integração em equipas multidisciplinares, obrigando à partilha de saberes e à divisão de tarefas, para atingir objectivos comuns; e) o aumento da diversidade do tipo de prestação de serviços, desde o contrato a termo certo à consultoria, passando pela integração dos quadros de pessoal, como é o caso da administração pública; f) a necessidade de adquirir novos conhecimentos em áreas tão diversas como, por exemplo, a informática, a gestão, a economia, o ambiente ou o consumo; g) as várias formas de organização profissional (sindicatos, ordens, câmaras, etc.) de organização empresarial e de associativismo.

Um último factor que vem contribuindo para a alteração da identidade profissional das profissões jurídicas é a crescente femininização destas. Este processo, que ganhou maior incidência a partir dos anos 70/80, poderá originar uma reconfiguração quer das práticas profissionais quer das relações interprofissionais. No entanto, devido ao facto do espaço temporal de análise ser reduzido e à escassez de estudos realizados sobre o impacto da femininização nas profissões jurídicas, a identificação das principais alterações e os seus contornos são ainda difíceis de descortinar.

Ao nível dos deveres deontológicos, Halperin (1994) realça o facto dos valores éticos que acompanham as profissões jurídicas e que permitem assegurar a independência material e moral, incluírem valores bastante rígidos que, neste momento, se encontram perante uma tensão. De um lado, os valores tradicionais das profissões jurídicas e, de outro, as oportunidades que o desenvolvimento do capitalismo industrial e comercial proporciona ao nível do mundo jurídico. E com o desenvolvimento do mundo dos negócios, os juristas podem não se transformar em empresários, mas sim em juristas de negócios, situação extensível à própria organização profissional. Neste sentido, verifica-se uma maior associação profissional, ao nível do desempenho profissional, surgindo sociedades comerciais de juristas que estão a acompanhar o actual movimento de concentração empresarial que ocorre na economia em geral. Este movimento de concentração de sociedades jurídicas acelerou-se, principalmente, nos anos oitenta, atingindo países tradicionalmente resistentes a esta mudança, como é o caso da França e da Alemanha.

As mudanças e transformações nas profissões jurídicas têm como consequência a produção de alterações estatutárias e identitárias. Verifica-se, deste modo, que as transformações das práticas ocorrem, frequentemente, com maior rapidez que as restantes, originando um desfasamento legal. Outras vezes são as competências legais que não se coadunam com as práticas das profissões, obrigando ora a uma adaptação ora a uma recusa das suas práticas[213].

3. As transformações das profissões jurídicas e a desjudicialização: algumas notas sobre o seu impacto em Portugal

O XIV Governo Constitucional, em funções desde finais de 1999, apresentou as principais prioridades na área da justiça: o combate à morosidade processual, privilegiando a regulamentação e a dotação das leis já aprovadas com os meios materiais e humanos necessários. Assim, e sem excluir a necessária reflexão em torno

[213] Perante esta situação, o *Senat* francês promoveu a realização de um relatório, coordenado por Luc Dejoie (1997), defendendo a clarificação das competências das profissões jurídicas numa perspectiva

de um novo paradigma processual, propôs, em matéria legislativa, a reforma do contencioso administrativo, a simplificação do regime de recursos e um plano de acção no âmbito do combate à morosidade processual. Este plano incidia em cinco domínios fundamentais[214]: 1) o estímulo de meios extrajudiciais de composição de conflitos; 2) o reforço da infra-estruturação de meios materiais e humanos (tribunais, rede informática, quadro das magistraturas, quadro de oficiais de justiça e quadro de assistentes judiciais); 3) a adopção de medidas administrativas para a realização de penhoras judiciais e alienação de bens, para viabilizar a acção executiva; 4) a execução de um programa especial de recuperação das pendências cíveis acumuladas, recorrendo, por um lado a um conjunto de incentivos à resolução extrajudicial e, por outro, a medidas concretas formuladas em conjunto com os Conselhos Superiores (mais juízes, reintegração de magistrados jubilados, concurso extraordinário para magistrados, etc.); 5) a reforma da administração da justiça e do próprio Ministério (autonomia financeira e administrativa dos tribunais superiores, instituição do administrador judicial, reforma da Lei Orgânica do Ministério da Justiça, descentralização de competências e meios, etc.).

Avançou-se, assim, em muitos dos domínios enumerados atrás, como por exemplo a nova lei orgânica do Ministério da Justiça, a lei de organização da investigação criminal, a lei de autonomia administrativa e financeira dos tribunais superiores (STJ, STA, relações e TAC), a reforma da acção executiva, a criação dos administradores dos tribunais, as denominadas onze medidas que visam conferir uma maior celeridade à justiça criminal e cível[215], a criação dos Julgados de Paz e respectivos mediadores e juízes de paz ou as leis referentes a uma nova redistribuição das competências das profissões jurídicas.

De referir apenas que, no âmbito da reforma da lei orgânica do Ministério da Justiça (a última datava de 1972), os quatro objectivos fundamentais foram: 1) afirmar o Ministério da Justiça como centro da concepção e condução da política de justiça; 2) reforçar os mecanismos de avaliação e responsabilidade; 3) modernizar a administração

alargada e complementar, defendendo a regulamentação das actividades jurídicas que já então existiam, mas que se encontravam à margem do sistema.

[214] Segundo o discurso do Ministro da Justiça na apresentação do programa do XIV Governo Constitucional, na Assembleia da República, em 3 de Novembro de 1999.

da justiça; 4) inovar na política de justiça. Este último ponto tem sido, talvez, o mais complexo de todas as medidas reformadoras que o Ministério pretende implementar, pois implica alterar as competências das profissões "tradicionais", bem como a criação de novas profissões jurídicas, ou com incidência na área do direito e da justiça, capazes de contribuir para o melhoramento do sistema judicial e a alteração do próprio paradigma vigente. O Ministro da Justiça, António Costa, considera que a superação do desequilíbrio estrutural existente no sistema judicial "exige uma estratégia integrada que passa pelo controle a montante da procura, seja pela devolução à sociedade ou a outros sistemas públicos da competência para a satisfação de necessidades que à luz do princípio da subsidariedade estão em melhores condições de satisfazer que o sistema de justiça, seja pela adopção de medidas activas de prevenção de litígios cíveis de prevenção da criminalidade; pela diversificação ou desconcentração da oferta de serviços alternativos no sistema de justiça; pelo aumento da capacidade produtiva instalada no sistema, seja por reforço dos meios, seja sobretudo pela sua melhoria; e pelo aumento da sua eficiência, mediante a reengenharia de procedimentos e uma melhor administração" (2000: 51-52).

As profissões envolvidas na resolução de litígios, de modo formal ou informal, estão igualmente, em Portugal, num processo de grande transformação. Referimo-nos não só a profissões jurídicas mas também a um conjunto de actividades desenvolvidas por profissionais não juristas, e que tem vindo a permitir desenvolver toda uma série de mecanismos de resolução de litígios de modo extrajudicial[216]. O desenvolvimento das profissões está assim relacionado com uma reorganização de competências legais, através de uma descentralização de competências antes concentradas, essencialmente, nos tribunais e nalgumas profissões jurídicas. Algumas destas novas profissões são cada vez mais (re)conhecidas, bem como as suas actividades: mediadores, árbitros e conciliadores. No entanto, a sua implementação em alguns países, como Portugal, só

[215] Estas medidas foram, entretanto, alvo de uma avaliação por parte do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (Santos, 2001), numa prática pouco corrente na nossa administração pública.

[216] O relatório coordenado por Pierre Fauchon (1997), do *Senat* francês já ia no mesmo sentido que as medidas propostas agora pelo Ministério da Justiça português, realçando, numa reflexão mais abrangente sobre os meios da justiça francesa, o papel que a conciliação e a mediação pode desempenhar, bem como a transferência de competências que actualmente sobrecarregam os tribunais para outras profissões jurídicas, sempre que não existe um litígio ou este se encontra perfeitamente regulado, não havendo margem para dúvidas.

agora começa a ser estimulada ou, pelo menos, a ganhar uma maior visibilidade ou importância.

As profissões relacionadas com estas actividades legais ainda não ganharam, em geral, quer uma relevância social, quer um estatuto profissional. Deste modo, embora se comecem a exercer novas actividades, a sua instituição ainda se encontra bastante aquém do exigido pelas tarefas desempenhadas[217]. E a sua actividade encontra-se, actualmente, limitada por várias razões, entre as quais a falta de divulgação e de sensibilização, quer junto dos tribunais e seus profissionais, quer no âmbito dos cidadãos que recorrem aos tribunais. Noutros casos, está-se a enveredar por uma política de "pequenos passos" como os centros de arbitragem de conflitos de consumo ou do projecto-piloto no âmbito dos Julgados de Paz[218]. No caso da descentralização de competências temos o exemplo da atribuição de competências tradicionalmente do foro exclusivo dos tribunais e que começam a ser assumidas por outras profissões, de que são exemplo a publicação do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, relativo à transferência de competências para o Ministério Público e para os conservadores, e do Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro, referente à transferência de competências de carácter registral dos tribunais judiciais para os conservadores.

A proposta do Ministério da Justiça de redistribuição das competências jurídicas pelas várias profissões envolvidas (algumas entretanto publicadas nos decretos referidos atrás)[219], bem como a promoção de outros serviços de resolução de litígios, vem confirmar a aposta na revalorização profissional, não só das profissões tradicionais, mas também das novas profissões que esta medidas contemplam. A proposta, segundo o seu preâmbulo, parte de uma premissa fundamental: "para a superação do desequilíbrio estrutural entre a capacidade de resposta do sistema de justiça e a crescente procura dos seus serviços por parte de cidadãos e empresas, é necessário agir a montante na

[217] Por exemplo, ao nível da mediação familiar em Portugal, existe um único gabinete, em Lisboa, através de um projecto-piloto apoiado pelo Ministério da Justiça, em colaboração com uma associação de mediação familiar que inclui juristas, psicólogos e assistentes sociais.

[218] Sobre a arbitragem em Portugal, conferir Pedroso e Cruz (2000), e sobre os Julgados de Paz, conferir o ponto respectivo neste relatório.

[219] Iremos, ao longo deste ponto, referirmo-nos à proposta de redistribuição de competências pelos vários actores judiciários, visto que é mais abrangente do que os Decretos-Lei publicados em Outubro de 2001.

prevenção de litígios e a jusante na diversificação e simplificação dos meios para a sua resolução"[220].

Esta proposta segue algumas das tendências que se verificam a nível internacional, e que compreendem, pelo menos, dois grandes fenómenos capazes de alterar o funcionamento da justiça contemporânea e, por conseguinte, ainda que indirectamente, provocar uma mudança na sociedade. O primeiro relaciona-se, como vimos, com a transformação de velhas profissões e a criação de novas. O segundo fenómeno, que ocorre ao mesmo tempo, relaciona-se com a busca de um novo paradigma da justiça tendo por base uma reformulação do que é, ou deve ser, judicializado ou, pelo contrário, desjudicializado e/ou competência da "justiça informal".

Em relação ao segundo fenómeno, os preâmbulos dos decretos aprovados são claros nas intenções do Ministério da Justiça. Aí se afirma que a colocação dos tribunais ao serviço dos cidadãos passa por "desonerar os tribunais de processos que não consubstanciem verdadeiros litígios, permitindo uma concentração de esforços naqueles que correspondem efectivamente a uma reserva de intervenção judicial" (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro). Procura-se assim privilegiar o acordo, salvaguardando sempre a possibilidade de recurso a tribunal em caso de frustração do mesmo. No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro, que aposta mais no processo de desjudicialização, indica-se que este diploma se "enquadra num plano de desburocratização de actos e de proximidade de decisão, na medida em que a maioria dos processos em causa eram já instruídos pelas entidades que ora adquirem competência para os decidir, garantindo-se, em todos os casos, a possibilidade de recurso" [221].

---

[220] O parecer da Ordem dos Advogados elaborado por José Sousa de Macedo é peremptório em afirmar que a proposta de redistribuição de competências e de desjudicialização é "um contributo fácil e mais imediatista, em que temos as maiores reservas em o aceitar – salvo em casos muito evidentes – já que tal orientação, por um lado, revela, mais uma vez, indesejável demissão do Estado, enquanto obrigado a estruturar eficazmente o sistema judicial, retira-lhe credibilidade e desconsidera, pura e simplesmente, a garantia que todo o processo judicial idóneo deve oferecer aos cidadãos e, por outro lado, o número de processos visados não cremos que seja seguramente significativo (não conhecemos, no entanto, dados estatísticos actualizados), a ponto de constituírem, eles mesmos, factor relevante do tal excesso indesejável de litigiosidade".

[221] O estudo do impacto destas medidas, segundo o parecer da Associação Portuguesa de Bancos, não é referido na proposta do Ministério da Justiça, através da previsão da redução da carga de trabalho dos

No entanto, a Associação Nacional de Jovens Advogados Portugueses, no II Conselho Nacional, datado de 10 de Novembro de 2001, defendeu a revogação destes dois diplomas. A ANJAP argumentou que a transferência de competências sob alçada dos tribunais para o Ministério Público e conservatórias de registo civil são "um passo de gigante na desjudicialização dos actos jurisdicionais"[222]. Considera a associação que "com este diploma, o Estado está a encarar os tribunais e os advogados como o pólo desestabilizador da crise que existe na justiça", e que, nas palavras do seu presidente, esta transferência de competências, em especial dos advogados para outros profissionais, não vai resolver a crise, "muito pelo contrário, agrava a crise da justiça e põe em causa os direitos dos cidadãos". Exemplifica com a possibilidade dos advogados passarem a poder reconhecer assinaturas e com o facto dos conservadores poderem homologar os divórcios, sublinhando que se está perante "uma espécie de quadratura de círculo em que se está a alterar tudo sem fundamento legal". Por fim, exigem a revogação imediata destes diplomas, ameaçando, caso esta pretensão não seja atendida, com a solicitação do pedido de verificação da constitucionalidade destas leis ao Tribunal Constitucional através do Provedor de Justiça.

3.1. As profissões jurídicas e a desjudicialização

A intenção do Ministério da Justiça de desjudicializar certos actos e alterar, ao mesmo tempo, as competências das profissões jurídicas está a provocar diferentes reacções e a originar uma reconfiguração profissional. Por um lado, temos as profissões tradicionais, como os advogados, conservadores, notários, juízes, magistrados do Ministério Público e solicitadores, onde o consenso tem sido diminuto por implicar grandes "mexidas" nas competências legais. Por outro, temos as "novas" profissões, algumas sem obrigatoriedade de formação em direito, nomeadamente os juízes de paz, mediadores, assistentes judiciais, administradores dos tribunais, solicitadores de

tribunais, nem sequer se menciona o número de processos pendentes actualmente em relação a cada grupo de situações. Deste modo, a APB duvida do impacto de algumas medidas no que respeita à redução do volume de serviço dos tribunais, até porque o reduzido número de processos relativos a algumas medidas não proporcionará, segundo a associação, a pretendida melhoria da capacidade de resposta do sistema.

[222] Notícia publicada no jornal Público (12/11/2001).

execução e oficiais de execução[223]. Vejamos então alguns exemplos destas transformações em Portugal.

A necessidade de encontrar as soluções que melhor se adaptem à necessidade de uma justiça eficaz e em tempo útil, e que pode passar pelo recurso a novos mecanismos de resolução de conflitos[224]/[225], é relativamente consensual. Esta implica a reformulação da justiça e depende da redistribuição de competências por velhas e novas profissões, nuns casos desjudicializando os procedimentos por outras profissões, noutros introduzindo novos profissionais que auxiliem o exercício da justiça. Na primeira situação, podemos referir a delegação de competências para advogados, notários ou conservadores, para além do surgimento de outras profissões para executar algumas tarefas, enquanto na segunda situação podemos exemplificar com a necessidade de auscultar psicólogos, economistas, assistentes sociais ou sociólogos em casos de menores em risco, falência de empresas ou situações de exclusão social[226].

No campo das novas profissões, capazes de absorver competências antes restritas aos tribunais ou outros profissionais forenses, temos o exemplo, referido anteriormente, dos psicólogos e assistentes sociais que, por via de acções de formação, começam a desempenhar novas competências formais que, tradicionalmente, lhes eram estranhas, nomeadamente a mediação ou a conciliação (antes podiam desempenhar estas competências de modo informal)[227]/[228]. Este movimento pressupõe o desenvolvimento

---

[223] Os solicitadores de execução, segundo a reforma da acção executiva proposta pelo Ministério da Justiça, serão recrutados entre os solicitadores, ficando sujeitos a um regime de controlo profissional. Por sua vez, os oficiais de execução, recrutados entre os oficiais de justiça, surgirão integrados nas futuras secretarias de execução, numa tentativa de especializar e retirar dos tribunais estas tarefas.

[224] O Comité Europeu de Cooperação Jurídica elaborou uma relatório, aprovado pelos ministros de Justiça dos países do Conselho de Europa, que considera a mediação e a conciliação, a par com as medidas preventivas, essenciais para a melhoria da eficácia da justiça e a sua modernização (2000).

[225] A DECO, no seu parecer à proposta de redistribuição de competências do Ministério da Justiça, considera que a superação da "crise do sistema de justiça" não pode ser feito apenas com o aumento e modernização dos meios existentes, mas também com a implementação de centros de resolução extrajudicial de conflitos, de competência genérica e específica, em todo o território nacional. As medidas previstas, seguindo o objectivo de facilitar o acesso à justiça, merecem uma primeira avaliação positiva.

[226] François Ruellan fala, por exemplo, do movimento geral que se verifica em direcção a formas de resolução alternativa de litígios, como a conciliação e a mediação, no sentido de procurar novos métodos de gestão dos contenciosos mais adaptados às necessidades dos cidadãos, em resposta a uma certa inadequação das respostas tradicionais provenientes do aparelho judiciário (1999).

[227] Sobre a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios, em especial na área do consumo, ver Pedroso e Cruz (2000), Marques *et al* (2000) e Frade (2001).

de mecanismos alternativos de resolução de litígios que, em Portugal, tem sentido um forte impulso nos últimos anos, levando inclusive o Ministério da Justiça a criar uma Direcção-Geral da Administração Extrajudicial.

As profissões tradicionais também procuram adaptar-se às mudanças que vão ocorrendo na nossa sociedade. Os advogados, quer devido ao aumento da concorrência quer porque a qualidade da formação vinha a ser considerada insuficiente, criaram, com o apoio do Ministério da Justiça, a figura do Patrono Formador, com a especial função de orientar a formação dos estagiários para a advocacia, num protocolo firmado entre o Ministério e a Ordem dos Advogados em Fevereiro de 2000[229]. O aumento da rede de Gabinetes de Consulta Jurídica[230], com um novo impulso a partir de 1999, e as alterações introduzidas no âmbito do apoio judiciário, vieram igualmente «obrigar» a uma adaptação dos advogados à prestação de serviços que procuram melhorar os mecanismos de acesso à justiça e ao Direito.

A proposta de reforma da acção executiva do Ministério da Justiça (Proposta de Lei n.º 100/VIII, de 13 de Setembro de 2001) propõe, por seu lado, e como veremos com maior profundidade no ponto referente à profissão de solicitador em Portugal, a reformulação de uma profissão tradicional, os solicitadores (criação dos solicitadores de execução com a consequente reformulação do Estatuto dos Solicitadores), e redistribui, ainda, outras competências por diferentes profissões jurídicas. Os DL n.ºs 272 e 273, de 13 d Outubro de 2001, referidos atrás, vêm reforçar ainda mais esta tendência de desjudicialização e redistribuição de competências.

Assim, de futuro veremos, provavelmente, um deslocar de interesses de profissões não jurídicas em direcção às profissões jurídicas e vice-versa, em

---

[228] A criação dos Julgados de Paz, e respectiva legislação regulamentar (Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho), originou o aparecimento dos Juízes de Paz e dos Mediadores que são formados através do Instituto Nacional de Administração. O primeiro curso para 60 mediadores e 30 Juízes de Paz foi anunciado para Novembro de 2001 reflectindo a aposta ministerial nos mecanismos alternativos de resolução de litígios.

[229] A transformação da profissão de advogado em Portugal será analisada com maior profundidade, mas à frente, no ponto relativo aos advogados.

[230] Foram instalados ou criados, pelo menos, desde 1999, os seguintes Gabinetes: Cadaval, Barreiro, Albufeira, Estremoz, Setúbal, Pombal, Coimbra, Entroncamento e, brevemente, Viseu e Alcobaça. Estes gabinetes vieram juntar-se aos cerca de 20 já existentes anteriormente.

consequência da necessidade de reformulação dos próprios mercados de trabalho das várias profissões e do cruzamento de experiências e competências[231].

3.2. Os tribunais e a desjudicialização

Importa, então, repensar que funções devem ser acometidas aos tribunais e que mecanismos devem ser implementados para suprir a retirada de processos dos tribunais. Vejam-se os casos dos processos referentes ao consumo de drogas ou ao divórcio por mútuo consentimento, podendo assim referir-se os centros de arbitragem de conflitos de consumo ou os Julgados de Paz. Este movimento de desjudicialização implica, não só a redistribuição de competências legais, mas igualmente a introdução de novas profissões e instâncias na resolução de conflitos. E perante a actual sobrecarga dos tribunais, importa reflectir sobre a criação de um novo modelo de justiça (cf. Capítulo 1), a definição do tipo de conflitos que os tribunais devem dirimir e a organização do trabalho dos profissionais que trabalham nos ou com os tribunais.

No âmbito dos tribunais é necessário racionalizar e modernizar os actos e os procedimentos e, eventualmente, criar novas funções relativas a processos de especialização ou de delegação de competências. Esta estratégia pode ser observada, por exemplo, com a criação, nomeadamente das figuras do assistente judicial, com a missão de desempenhar algumas das tarefas mais rotineiras e simples da competência de juízes e magistrados do Ministério Público, e do administrador de tribunal, procurando melhorar a produtividade dos tribunais através de uma gestão mais racional e eficiente dos meios disponíveis.

Os assistentes judiciais, segundo a intenção do Ministério da Justiça, vem substituir os "anunciados" assessores (que passarão apenas a exercer funções junto dos tribunais superiores), e destinam-se a executar tarefas de mero expediente, essencialmente em tribunais de pendência elevada, libertando os magistrados para

[231] Face a esta realidade de transformação das profissões jurídicas e o alargamento do seu campo de acção ao espaço europeu, a União Europeia concebeu uma série de programas que visam o aprofundamento do intercâmbio profissional e a criação de mecanismos capazes de estabelecer pontos comuns e metodologias de cooperação à escala europeia, como sejam o Programa Robert Schumann, o Grotius, a Action Jean

tarefas mais complexas. O parecer da Ordem dos Advogados, elaborado por João Correia, considera que, embora se abram "grandes potencialidades na humanização, flexibilização e eficácia da actividade judicial por via desta nova função", estas não serão totalmente aproveitadas "na medida em que se quer esgotar e circunscrever a actividade dos assistentes judiciais ao fechado mundo do trabalho processual do juiz".

A Ordem dos Advogados questiona assim, por um lado, o poder de direcção e as atribuições destes novos profissionais e, por outro, os mecanismos de selecção e contratação. Em relação à primeira vertente, o parecer alerta para a aparente irrelevância de saber-se se a elevada pendência é resultante do número de processos entrados ou dos não resolvidos, bem como para o facto de apenas estarem sob as ordens dos juízes, não se vislumbrando quaisquer deveres para com as secretarias judiciais ou os advogados. No entanto, a actividade dos assistentes judiciais deveria, na opinião da Ordem, "flexibilizar as relações entre magistrados e advogados, seja no âmbito da informação sobre a marcha dos processos, seja na efectivação do dever de cooperação, seja mesmo, na conciliação de agendas".

A segunda vertente criticada, em relação à legislação referente aos assistentes judiciais, é o modo de selecção e contratação[232]. Neste aspecto, o teor das críticas é mais contundente, afirmando que "a precariedade emergente da natureza civil do vínculo e a caducidade resultante da cessação de funções do magistrado judicial coadjuvado, emprestam pouca dignidade à função, adivinhando-se a contratação segundo critérios opacos, impostos, subjectivos, ou seja, em ostensiva violação das regras fundamentais, sem falar no absurdo legal emergente da «escolha», pelos juízes, dos assistentes que vão ser pagos pelo erário público". O parecer contínua no mesmo tom, dizendo que se verifica "dum lado, a mais privatística vinculação subjectiva e, do outro, o exercício de funções públicas, preparatórias de actos de grande relevo e sensibilidade ou, mesmo, actos de mero expediente que se repercutem na esfera profissional dos advogados e secretarias judiciais, não se mostram coerentes, nem jurídica nem funcionalmente".

Monnet ou o Leonardo Da Vinci (ver *site* da União Europeia, através do Centro de Informações sobre a Europa).

[232] A proposta prevê que os assistentes judiciais sejam contratados ou nomeados pelo Director-Geral da Administração da Justiça, sob proposta dos magistrados, exigindo-se como único requisito a licenciatura em Direito.

Apelam então a que se proceda a uma reflexão aprofundada antes de implementar esta legislação "de molde a salvar e dignificar uma iniciativa que é de louvar e acolher".

A juíza Leonor Barroso acrescenta ainda uma outra crítica ao projecto de lei relativo aos assistentes judiciais: a inexistência de um curso de formação prévio à entrada em funções, ao contrário do que sucede com os assessores dos tribunais superiores. Alerta para o facto de que a inexistência de formação pode originar uma sobrecarga do juiz, em vez de o aliviar como é objectivo da medida, porque o juiz fica assim com o encargo de o formar. Este sistema não garante assim que o assistente possua um mínimo de conhecimento prático do processo ou de actos de mero expediente ou de outras peças mais correntes[233].

Ao nível da gestão dos tribunais, e devido à grande complexidade de tarefas que os maiores tribunais compreendem, avançou-se então para a criação da figura do administrador (Decreto-Lei n.º 176/2000, de 9 de Agosto)[234], à imagem do que se verifica noutros países como os Estados Unidos ou em França[235]/[236]. Esta figura, criada pela Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro), constitui, como se observa no preâmbulo do DL n.º 176/2000, "um importante elemento para o desenvolvimento da política de desconcentração administrativa na área da justiça, sector onde a centralização e concentração de competências nos serviços da administração directa do Estado vêm debilitando, de forma significativa, a capacidade de fornecer resposta rápida e eficaz aos problemas que surgem quotidianamente nos tribunais".

Deste modo, e segundo o despacho ministerial, estes novos profissionais, recrutados, entre, por exemplo, secretários judiciais (com pelo menos três anos de serviço e classificação de Muito Bom), sociólogos, gestores ou economistas, entre

---

[233] Artigo de opinião publicado no jornal *Comunicar Justiça*, Ano 1, n.º 1, Novembro.

[234] Sobre a formação e treino do administrador do tribunal ver João Ribeiro (2000).

[235] As competências destes profissionais nos Estados Unidos variam de Estado para Estado, especialmente, ao nível da autonomia, enquanto em França são os *Greffiers en Chef* que assumem as competências de gestão nas diferentes jurisdições com grande margem de manobra, inclusive na contratação de funcionários.

[236] O primeiro curso terá início em 2002, com a formação de 21 profissionais. Esta formação será realizada no Instituto Nacional de Administração, realçando-se a elaboração de um protocolo de

outras profissões consideradas adequadas, com a excepção de Direito, irão exercer funções nos tribunais de gestão mais complexa "não só para coadjuvarem os presidentes desses tribunais no exercício das suas competências em matéria administrativa, mas também como órgãos desconcentrados que asseguram as tarefas de gestão de instalações e equipamentos, de recursos humanos e de gestão orçamental, que competem aos serviços de administração directa do Ministério da Justiça". A modernização dos serviços dos tribunais passa, igualmente, pela adaptação e melhoria dos serviços informáticos dos tribunais, com o objectivo de simplificar e acelerar os procedimentos burocráticos., tendo sido programada a informatização dos tribunais, bem como a dotação dos meios necessários, de forma faseada.

Em relação às transformações é ainda de realçar os impulsos proporcionados pela introdução das novas tecnologias, impondo a necessidade do recurso a profissionais de informática, ou as maiores preocupações com a gestão racional dos meios humanos e materiais, através do recurso a economistas, sociólogos, entre outros. Uns e outros não estavam habituados a lidar com os problemas da justiça e, deste modo, necessitaram de adaptar os seus métodos de trabalho a uma área tradicionalmente fechada a profissionais não juristas. A este nível, e devido ao processo de informatização do sistema judicial actualmente em curso, está assim a verificar-se uma interacção profissional que exige uma maior formação dos actores judiciários em novas tecnologias, para que as reformas introduzidas, ou a introduzir, possam resultar positivamente, contribuindo para um melhor desempenho do sistema judicial em geral.

As medidas preconizadas e introduzidas pelo Ministério da Justiça procuram, de facto, ter em consideração os diferentes aspectos aqui focados, através de uma intervenção gradual mas global, envolvendo os «velhos» e «novos» actores judiciários. A estratégia de intervenção no sistema judicial adoptada tem a vantagem de criar uma múltipla rede de mecanismos de resposta à natureza cada vez mais complexa da procura, e para a qual o sistema existente não estava preparado.

---

colaboração existente entre o Ministério da Justiça e o Ministério da Reforma do Estado e da

4. As profissões jurídicas em renovação

As profissões jurídicas são os principais protagonistas na transformação do paradigma da justiça, seja promovendo essa mudança ou opondo-se a ela. A compreensão das transformação porque passam é assim fundamental para perceber como reagem às exigências de mudança, quais os seus posicionamentos e quais as estratégias adoptadas. Evidentemente, dentro de cada profissão existem posições contrárias e estratégias profissionais distintas, consoante o entendimento que cada um faz dos princípios, estáticos ou dinâmicos, que devem reger cada profissão. No entanto, é possível identificar alguns traços mais gerais que nos levam a considerar que um processo de transformação se encontra em curso.

Este ponto procura assim observar as principais tendências que atravessam as profissões de advogados, notários e conservadores, a nível geral, no caso português e recorrendo à experiência comparada. Não se pretende fazer uma análise exaustiva, mas apenas levantar alguns tópicos de discussão capazes de gerar um processo de reflexão iniciador de um caminho de transformação inevitável.

4.1. Os advogados: os últimos 20 anos em mutação acelerada

A reflexão sobre as transformações das profissões jurídicas apresentada em relação as profissões jurídicas em geral pode aplicar-se, quase na íntegra, ao caso específico dos advogados. Deste modo, vamos procurar, em parte, adaptar essa linha de reflexão e, por outro lado, apresentar outras vertentes que sejam exclusivamente aplicáveis aos advogados.

Na primeira vertente, e recuperando sinteticamente a reflexão efectuada, podemos afirmar que os advogados confrontam-se actualmente com um processo de transformação bastante rápido e profundo. A incerteza profissional que Burrows mencionava já em 1913 mantém-se, embora ganhando novos contornos. Lucien Karpik (1999: 67) sustenta que a turbulência que vivem os advogados se deve a vários factores, tais como: a crescente concorrência entre os grandes escritórios, o aumento das

Administração Pública.

competências de outras profissões, as novas formas de organização dos escritórios, o crescimento da procura por parte de cidadãos que não possuem meios suficientes para assegurar uma defesa capaz (em que o apoio judiciário é insuficiente), a desorganização e indisciplina existente no seio da profissão, a redução dos laços de solidariedade que dificulta o exercício profissional, as condições de trabalho mais precárias, o aumento desmesurado de novos advogados num mercado já saturado, a incapacidade de resposta dos tribunais, a pauperização de uma franja importante de advogados, a incapacidade em se organizar em torno de objectivos comuns ou as novas competências jurídicas, assim como, nas palavras de David Barnhizer, a extrema mercantilização da profissão[237]. Karpik acrescenta ainda que os advogados mudaram mais nos últimos vinte anos do que nos últimos duzentos anos.

Outros autores consideram que a profissão está em crise face às últimas transformações. Sobre a crise dos advogados em França, Lucien Karpik (cf. 1999: 67) faz uma reflexão que sintetiza parte da discussão actual: "A profissão de advogado dúvida dela própria. Este sentimento colectivo de crise é paradoxal, pois nas últimas décadas a profissão mudou mais que nos dois séculos anteriores. Era uma profissão homogénea, organizada em torno de mercados específicos e dominada por uma lógica política, tendo-se transformado numa profissão marcada por uma forte diferenciação – a clientela alargou-se dos particulares às grandes empresas e as posturas simbólicas e materiais transformaram-se em interesses – com uma orientação em direcção ao mercado. Mesmo assim, face à amplitude e rapidez desta história, o poder profissional não mudou. (…) Face aos perigos que ameaçam a profissão com a abertura da concorrência internacional no mundo dos negócios, verificou-se uma deslocação da unidade profissional, em que a Ordem deixou de dispor de poderes e recursos que lhe permitam agir com eficácia: o governo da profissão tornou-se assim num obstáculo central ao desenvolvimento da profissão".

Os advogados, como no caso francês (podendo adaptar-se à realidade portuguesa com algumas *nuances*), apoiaram tradicionalmente a sua estratégia profissional em quatro vectores principais (Karpik, 1999: 68): 1) a adopção de uma estratégia colectiva

[237] David Barnhizer afirma que a "extrema mercantilização da profissão jurídica está a retirar aos advogados qualquer direito a serem tratados como um profissão especial na nossa sociedade" (2000: 373).

baseada no primado da política e que os levou a estarem nas lutas políticas contra o Estado, nos séculos XVIII e XIX, defendendo uma perspectiva liberal até se transformarem numa elite dirigente, facto que originou uma perda de prestígio e de influência pública, combatida pela tentativa de sacralização da profissão e da identidade profissional; 2) a demonstração pública de um compromisso político que recusava a acumulação capitalista e postergava a interdição do envolvimento de advogados no mercado de negócios; 3) a assunção de uma prática jurídica onde o primado dos clientes particulares assumia uma importância determinante, apoiada nas competências jurídicas fundamentais ligadas aos direitos civil e penal clássicos; 4) e a construção de um poder profissional que percorreu um caminho glorioso, sustentado, coerente e, sobretudo, indispensável. Hoje, em inícios do Século XXI, a situação alterou-se radicalmente, embora a acção dos advogados, mesmo que movida por interesses pessoais, se fazer com o recurso aos referidos princípios e ideais.

4.1.1. Dos clientes particulares aos clientes colectivos

As últimas décadas colocaram a nu as fragilidades da postura tradicional, quer pela desadequação profissional à actual procura quer pela ascensão de outras profissões que iam ocupando as lacunas não preenchidas pelos advogados. Assim, verificou-se uma rápida mudança da atenção para o mercado de negócios que começou a despontar com maior vigor e complexidade. As empresas, com os seus fins lucrativos, atraíram a atenção dos advogados, que adoptaram formas de organização adequadas à prestação de apoio jurídico, incluindo assim novas figuras: consultoria, redacção de actas e contratos, negociação, etc. Com um aumento da pressão da generalidade dos advogados, foi possível alterar os regulamentos que limitavam o acesso dos advogados ao mercado, abrindo um mundo novo de possibilidades as quais, se quisermos ainda recuperar as palavras de Burrows, dão uma configuração totalmente nova à denominada «crise da advocacia».

A tradição do advogado como profissional liberal está, cada vez mais, desactualizada. A prestação de serviços para empresas, entidades estatais, associações e mesmo para outros advogados é cada vez mais comum. A concentração de serviços

jurídicos é cada vez maior, em especial através de médios e grandes escritórios que incorporam especialistas em várias áreas, permitindo ter um leque muito variado de serviços para oferecer.

Todas estas transformações revelam uma mudança estrutural na identidade dos advogados, registando-se essa transformação com maior profundidade entre as gerações mais novas. A perspectiva perante a profissão, a dispersão de interesses e a profusão de ideais geram uma discrepância bastante grande, para além do aumento exponencial da concorrência dentro da profissão, fruto do aumento do número de advogados e das alterações verificadas na procura.

A transferência de parte do tempo profissional dedicado aos clientes particulares para as empresas ou clientes colectivos originou então uma transformação na forma de organização da própria profissão e, designadamente, dos escritórios. Os clientes colectivos são, em regra, os preferidos dos grandes escritórios e dos advogados mais famosos, que orientam a sua estratégia profissional nesse sentido. Estabelece-se assim uma hierarquia, da parte dos advogados, em relação aos clientes desejados ou preferidos, com o predomínio dos colectivos, especialmente empresas ou serviços estatais.

4.1.2. A especialização na advocacia

Os advogados especialistas são já uma realidade nalguns países. Nos Estados Unidos é inclusivamente possível adquirir formação profissional em ramos do direito específicos. Esta mudança levou a uma alteração da própria hierarquia dos vários ramos do direito, invertendo-se a ordem tradicional com a emergência de ramos em expansão como a fiscalidade, o comercial ou o consumo. A reestruturação da hierarquia dos ramos de direito faz-se, actualmente, não só, pela sua "nobreza", mas essencialmente pelo seu impacto no mercado, sendo-lhe assim atribuído um valor financeiro correspondente.

A especialização dos advogados procura seguir a tendência existente noutras profissões, também como forma de combater o aumento da complexidade global do direito. No entanto, a especialização levanta, ao mesmo tempo, questões pertinentes em

relação ao futuro da advocacia. A primeira refere-se ao facto de, com a crescente especialização e segmentação das tarefas desempenhadas pelos advogados, não surgirá o perigo de outras profissões jurídicas, com menor grau de formação mas mais especializado, poderem vir a assumir essas tarefas. A segunda relaciona-se com a possibilidade de, ao especializarem-se demasiado, os advogados perderem a noção geral do direito, reduzindo-lhes a flexibilidade tradicional da sua profissão. Uma outra poderá incidir sobre a redução das perspectivas de mercado dos escritórios especializados, em caso de recessão económica em determinadas áreas.

No entanto, para além do prestígio que a especialização ainda acarreta consigo e da tentativa de conquista de nichos de mercado, ela é ainda consequência da transformação das práticas laborais. Esta transformação ocorre por uma questão de racionalidade económica e de gestão de tempo, procurando responder às solicitações em "tempo real" e com a maior segurança possível. Assim, a advocacia tende a sistematizar o conhecimento, desenvolvendo-o em procedimentos rotineiros e segmentando a sua execução através do recurso a prestadores de serviços especializados. Aqui surge um outro vector da questão: a delegação de competências por parte dos advogados a outros advogados assalariados ou a outros técnicos na área jurídica. Deste modo, são os próprios advogados que promovem o aparecimento de "assessores", mantendo o controlo profissional mas colaborando para o aumento da concorrência interprofissional.

4.1.3. Identidade e controlo profissional: o impacto da multidisciplinaridade

A profissão de advogado, de tradição liberal, é uma entidade que procura restringir o acesso à profissão e reduzir a competição. No entanto, a capacidade das organizações de advogados para limitar o acesso à profissão tem sido diminuta. Esta massificação tem vindo a provocar uma descaracterização profissional que se alicerçava em décadas de história e tradição. O Estado procura fomentar o acesso à profissão, mantendo o controlo sobre o ensino público e privado. Garante igualmente o surgimento de novas profissões, a redistribuição de competências por outros profissionais ou o aumento de especialidades que contribuem para o aumento da concorrência na execução de determinadas tarefas, nomeadamente das mais rotineiras. Nesta situação, os

advogados têm dificuldade em concorrer com profissionais menos habilitados mas com preços mais acessíveis. Esta dupla estratégia estatal, aumento do número de advogados e descentralização e redistribuição das competências, visa, por um lado, garantir aos cidadãos maior liberdade de escolha, mesmo em termos financeiros, e, por outro, diminuir os poderes profissionais seja através da massificação profissional ou pela delegação de competências.

O surgimento de profissões próximas da advocacia ou que podem assumir tarefas antes exclusivas dos advogados contribuem para uma redefinição do controlo profissional, ou seja, deixa de fazer sentido que apenas os advogados possam controlar o desempenho profissional de advogados, porque outras profissões formação profissional adequada vão deter os conhecimentos necessários para questionar o seu desempenho profissional.

Uma outra problemática, recuperando a referência a Herbert Kritzer, relaciona-se com a perda de exclusividade profissional. Esta preocupação dos advogados refere-se, não só ao aumento das competências de outras profissões jurídicas, mas igualmente ao crescimento da procuradoria ilícita. A posição da maioria das organizações profissionais sobre a exclusividade profissional defende a manutenção das competências actuais e pretende, ao mesmo tempo, alargar o seu campo de acção a novas tarefas, nomeadamente as relacionadas com a informação jurídica, arbitragem, mediação ou conciliação.

Também a especialização, tal como vimos atrás, tem contribuído para a transformação identitária dos advogados, colocando em causa a imagem de generalista cultivada durante décadas. A localização geográfica também se esbateu, obrigando à superação da imagem do "advogado local", construindo agora uma imagem de flexibilidade por exigência das transformações económicas e mesmo sociais. Uma empresa pode ter problemas em vários locais, necessitando que o advogado se desloque frequentemente. Um caso de litígio familiar, com a crescente mobilidade social, pode igualmente exigir uma disponibilidade total do profissional. O aumento da concorrência profissional, as transformações económicas, a maior mobilidade de capitais, bens e pessoas são alguns dos factores que impõem aos advogados uma adaptação profunda, a nível geográfico, tecnológico e profissional.

A multidisciplinaridade obrigou também à redefinição das práticas jurídicas dos advogados e, por conseguinte, da sua identidade. Habituado a exercer de forma solitária, a crescente complexidade das questões, em especial económicas, impõe a complementaridade de conhecimentos, obrigando os advogados a partilhar as análises e decisões. Por vezes, em determinadas situações, os advogados têm de se submeter hierarquicamente à supervisão de outros profissionais, facto que vai contra as heranças históricas da profissão. A integração ou a associação empresarial em equipas de trabalho multidisciplinar é assim uma realidade com que o advogado se confronta nos nossos dias.

Em consequência desta multidisciplinaridade, os advogados começaram a direccionar as suas actividades e a oferta de serviços a determinados nichos do mercado, como sejam as industrias farmacêuticas, os serviços de saúde ou as questões fiscais, entre muitas outras áreas. Os advogados, em vez de esperar pelos processos, passam a dirigir-se aos potenciais clientes, informando-os dos seus produtos. Esta nova postura implica igualmente uma reflexão sobre as formas de informação e divulgação dos serviços prestados, isto é, de publicidade.

A reforma dos sistemas de acesso ao Direito e à justiça, actualmente em curso em vários países, contribui igualmente para uma alteração das práticas e da identidade dos advogados. A existência da prestação de serviços jurídicos em diferentes entidades ou associações vai "moldar" o advogado às características e objectivos prosseguidos, obrigando-o a partilhar experiências e a trabalhar com distintos profissionais. Permite ainda adquirir experiências diferenciadas face aos advogados que enveredam directamente pelas vertentes tradicionais da advocacia. O trabalho social dos advogados vai contribuir para uma clivagem entre os defendem uma advocacia ao serviço das comunidades e os que defendem a profissão num contexto de mercado económico.

4.1.4. Organização empresarial e novas tecnologias

A nível empresarial é possível vislumbrar, desde já, algumas mudanças, ainda que com diferentes impactos consoante os países analisados. Por um lado, os advogados começam a associar-se a outros profissionais não juristas, através de empresas que

procuram enfrentar desafios mais complexos e, essencialmente, mais abrangentes, disponibilizando um conjunto de serviços muito variado. Por outro, há uma alteração das categorias profissionais envolvidas, com o emergir de um certo hibridismo profissional, onde as especializações se desenvolvem mais, não por áreas de direito, mas por áreas económicas (indústrias farmacêuticas, empresas de computadores, prestadores de serviços de saúde, etc.).

As práticas de gestão também se têm vindo a alterar. Nesta vertente, há a destacar dois aspectos que traduzem esta modernização da organização dos escritórios tradicionais. A primeira refere-se à introdução de conceitos empresariais como responsabilidade, qualidade, modernização, tecnologia de informação, entre outros, na procura de uma gestão de tarefas racional com o intuito de oferecer o máximo de serviços com o menor custo possível. Esta perspectiva leva-nos ao segundo aspecto: as relações contratuais. A estratégia de prestação de serviços e os princípios de gestão adoptados conduzem ao estabelecimento de vínculos laborais precários, com a preferência pelo recurso ao sistema de subcontratação de profissionais de acordo com as necessidades. A excepção vai para a nova postura adoptada pelos escritórios no sentido de contratar os profissionais mais valiosos do mercado ou as jovens promessas, na senda do que fazem os grandes grupos económicos. Deste modo, o ênfase destas novas empresas jurídicas passa a assentar em estratégias de *marketing* e de prestação de serviços focalizados, desvalorizando as questões de autonomia profissional e universalidade.

Quanto à introdução de novas tecnologias, pode-se afirmar que o seu impacto ainda não atingiu as suas potencialidades. Salvo os grandes escritórios, e alguns de dimensão mais reduzida que adoptaram as novas formas de trabalho e comunicação, ainda estamos longe de atingir um grau de informatização satisfatório. No entanto, a tendência vai no sentido de estabelecer novos laços de comunicação entre advogados e clientes, advogados e tribunais ou mesmo advogados e advogados, entre outras possibilidades, com o recurso aos novos meios tecnológicos. Estas tecnologias permitem ainda a introdução de novos métodos de trabalho, nomeadamente pesquisa, distribuição de tarefas ou divulgação, para além de exigir que os profissionais detenham outro tipo de conhecimentos que não estritamente jurídicos.

As novas tecnologias podem ainda contribuir para modificar os procedimentos judiciais. A instalação de uma rede de comunicação interna (*intranet*) e de meios de comunicação audiovisual, a harmonização dos modelos processuais, além do sistema de correio electrónico, irão, de forma progressiva, "revolucionar" os procedimentos, tornando-os mais céleres e menos burocráticos.

Por fim, um outro impacto que as tecnologias possibilitam relaciona-se com a forma de pesquisa de potenciais clientes por parte dos escritórios de advogados, facto que impõe uma postura proactiva, contrária à tradicional passividade dos advogados. Desta forma, a concorrência entre advogados torna-se mais acérrima e exige uma actualização constante, só possível com a integração de profissionais ocupados exclusivamente com estas tarefas.

4.1.5. Um escritório de advocacia moderno anglo-saxónico

Avrom Sherr (2001) fez um levantamento da distribuição de tarefas num escritório de advocacia, que pressupõe a existência de várias profissões, baseando-se numa investigação realizada na Grã-Bretanha. Estas várias profissões que se cruzam num escritório de advocacia moderno podem resultar, entre outras razões: duma especialização de antigas profissões; do surgimento de novas profissões; do excesso de competição profissional e empresarial; e das novas formas de organização do trabalho jurídico em modos empresariais. Esta renovação procura combater, igualmente, o aumento da concorrência na resolução de conflitos, com o surgimento de novas profissões, como vimos atrás. O aparecimento desta concorrência desencadeou uma série de reacções, obrigando os advogados a prestar mais atenção à resolução dos conflitos, através ou fora dos tribunais, situação que exige um novo relacionamento e disponibilidade face aos seus clientes, assim como a renovação das práticas de negociação que entretanto outras profissões desenvolveram. Entre estas práticas, Palmer e Roberts (1998: 347) destacam o *mini-trial*, o *early neutral evaluation* e o *modified*

settlement conference[238]. Mas estes autores questionam-se se estas são medidas de resposta concreta para a resolução dos conflitos ou apenas medidas de resposta a uma crise anunciada, destinadas a suster a ansiedade e insatisfação dos clientes?

Assim, a renovação das práticas jurídicas dos advogados implicou igualmente a alteração dos modelos de gestão dos seus escritórios, procurando ir de encontro às necessidades do mercado e dos seus clientes. Nesse sentido, e seguindo a descrição de Sherr (2001), vamos apresentar algumas profissões integradas em empresas ou escritórios de advocacia e/ou consultoria jurídica que ilustram a preocupação em responder às novas exigências da concorrência jurídica.

a) *Draftperson* – este profissional desenvolve a sua actividade durante quase todo o processo, carreando todo o tipo de elementos jurídicos necessários ao prosseguimento do processo. Funciona como uma espécie de "assessor" do jurista, à imagem dos assistentes judiciais dos magistrados. Normalmente, são assistentes de *solicitors* numa fase intermédia da carreira profissional ou consultores jurídicos (*lawyers*). São um elemento fundamental para a actual "industrialização" jurídica.

b) *Information officer* – também conhecido como *professional support lawyer*. Embora possa elaborar peças para o processo, a par com os *Draftperson*, a sua função é um pouco mais geral, envolvendo a actualização da legislação, a preparação de material prático para a elaboração dos processos, a preparação de modelos de acções para lidar com processos idênticos e a elaboração de material para formação de consultores jurídicos e preparar materiais de informação e divulgação para clientes. Embora estas tarefas não difiram muito das realizadas pelos consultores jurídicos estagiários, elas são de natureza mais abrangente e menos centradas na relação directa com o cliente. Normalmente, estas tarefas são desempenhadas por profissionais com 2 a 5 anos de experiência jurídica ou assistentes de *solicitors*.

c) *Specialist technician* – são, em regra, *solicitors* assalariados e/ou estagiários que se designam de "especialistas". Sentem a necessidade, inclusive profissional, de se especializarem em determinadas áreas, normalmente, em consonância com as empresas

[238] O *mini-trial* e o *modified settlement conference* estão definidos no Capítulo 1 deste relatório. O *early neutral evaluation* consiste em as partes submeterem o caso a um "júri neutro", que declaram como entendem que o tribunal iria decidir para, assim, encorajar o acordo (Palmer e Roberts, 1998: 347).

onde trabalham. A sua especialização é adquirida com a prática, e não através de cursos ou acções de formação.

d) *Advocate* – tradicionalmente, o desempenho dos *advocates* estava apenas reservado, na Inglaterra e no País de Gales, aos *barristers*. A partir de 1990, possibilitou-se que os *solicitors* pudessem ser *solicitor advocate*, acompanhado os clientes desde o início até aos tribunais. Como pode interferir com as tarefas dos *barristers*, esta nova carreira necessita de ser melhor clarificada, visto que existem igualmente dúvidas sobre a viabilidade económica destas tarefas e da formação necessária para as desempenhar[239].

e) *Manager* – com o crescimento das empresas jurídicas, torna-se necessária a existência da figura de um gestor. As tarefas podem ser diversificadas e múltiplas, tais como: gestão de tarefas, gestão dos recursos humanos, gestão da carteira de clientes, gestão financeira, gestão de risco, publicidade e divulgação, *lobbying* junto de funcionários públicos e políticos, etc. Esta é uma área para a qual não existe actualmente formação, sendo, no entanto, um vector fundamental para a competitividade de muitas empresas jurídicas.

f) *Client handler/Manager/Partner* – a necessidade de manter um contacto personalizado, evitando que o cliente tenha que repetir a mesma coisa a diferentes juristas, para o mesmo ou outros casos, tornou necessária a existência de um profissional que estivesse acima de qualquer processo. Funcionam como o contacto supervisor e encaminhador dos clientes dentro da empresa, consoante as suas necessidades, assegurando, por um lado, que os vários assuntos sejam desenvolvidos sem atropelos e repetições e, por outro, que os seus dados e problemas sejam conhecidos pelos vários profissionais a trabalhar nos seus assuntos.

g) *Strategist* – podem ser sócios das empresas jurídicas ou chefes de departamentos ou mesmo o patrão. Necessitam de elaborar uma planificação estratégica da organização de forma a se adaptar às mudanças legislativas e às circunstancias financeiras. Normalmente, a planificação era apenas utilizada em relação aos processos,

[239] Questionam-se os valores ético-morais relativos à separação entre a defesa dos interesses dos clientes e a imparcialidade e objectividade necessária para estar em Tribunal, tarefas antes separadas: a primeira, protagonizada pelos *solicitors* e a segunda pelos *barristers*.

no interesse dos clientes. Agora, urge conciliar os ensinamentos do modelo organizacional ensinado nos cursos de economia e gestão às especificidades do mundo empresarial do Direito, implementando a mudança e avaliando-a. Nesta área, são igualmente importantes as vertentes teórica e prática.

h) *Risk manager* – a crescente competitividade no mundo jurídico torna necessário o assumir e avaliar determinados riscos comerciais, visto que muitas acções apenas são remuneradas em caso de vitória. Além disso, as empresas têm de avaliar as suas disponibilidades, já que lidam com muitos casos ao mesmo tempo. Assim, devem avaliar as suas possibilidades de ganhar cada processo e o grau de "exposição pública" dos mesmos para avaliarem se os "investimentos" serão compensadores. Neste sentido, devem rodear-se de *barristers* e peritos judiciais que possam aconselhar e avaliar os custos de cada processo em cada momento, calculando os elementos de risco presentes em cada momento.

Os escritórios de advocacia modernos procuram igualmente responder às pretensões dos seus clientes no que se refere à celeridade, informalidade e negociação de acordos nos processos em que estão envolvidos. Deste modo, vão aprofundar a formação dos profissionais do escritório, juristas ou com outras formações, no sentido de possibilitar uma assistência de qualidade, capaz de responder aos anseios e exigências dos clientes. Neste processo, podem recorrer de igual forma a técnicas de arbitragem, mediação ou conciliação de modo a atingir os objectivos do acordo entre as partes, sem necessidade de judicializar o litígio. Estas técnicas são requeridas, essencialmente, mas não só, em assuntos comerciais. O advogado Daniel Proença de Carvalho, no encontro sobre os Meios Alternativos de Resolução de Litígios[240], referiu que o seu escritório funciona como uma primeira instância judicial, no sentido de procurar chegar a acordo entre as partes em conflito antes de ir a tribunal[241].

[240] Este encontro teve lugar na Fundação Calouste Gulbenkian, em Lisboa, em 29 de Novembro de 2000.

[241] Este advogado refere inclusive que procura inserir nos contratos comerciais que realiza uma última cláusula em que procura obrigar as partes em litígio a recorrer primeiro à arbitragem.

4.1.6. As tendências da transformação dos advogados em Portugal

Os advogados em Portugal atravessam um processo de transformação, em termos de competências e em resultado dos processos de mudança profissional e de mercado. Virgílio Vasconcelos Ribeiro considera, em relação à situação portuguesa, que "a profissão de advogado não poderia passar incólume por este período de viragem – e por isso, de crise. A realidade social impôs-lhe, especialmente na última década, mutações muito profundas" (1999: 24). Aponta quatro mudanças principais, com as devidas consequências: 1) o aumento do número de advogados, gerando situações delicadas de sobrevivência profissional e introduzindo o trabalho em *part-time* ou por conta de outrém; 2) o aumento do número de sociedades de advogados, face às transformações do mercado; 3) a abordagem economicista da profissão, segundo uma lógica de mercado e recorrendo a técnicas empresariais de publicidade; 4) e o crescimento da procuradoria ilícita, substituindo de forma ilegal a actuação dos advogados.

Neste ponto procuraremos identificar estas e outras causas que podem estar a influenciar igualmente a transformação da profissão. Não vamos repetir a análise até agora efectuada, mas antes procuraremos identificar algumas das características que enformam essa transformação, e que permitem confirmar a afirmação inicial.

4.1.6.1. O desempenho profissional: mudanças (pre)visíveis

Ao nível das competências jurídicas, podemos começar por destacar a tentativa dos advogados funcionarem como uma primeira instância na resolução de litígios. Esta competência auto-assumida ou sociológica de procurar chegar a acordo ou negociação entre as partes envolvidas tem vindo a ser estimulada em Portugal. Contudo, esta prática é mais desenvolvida em determinadas áreas do direito, como por exemplo a comercial ou a cível (endividamento, acidentes de viação, produtos defeituosos, etc.) do que noutras, como a penal, em que a natureza pública de alguns crimes obriga ao seu julgamento, não permitindo que o caso seja resolvido integralmente fora do tribunal. Quando os advogados prestam serviços a determinadas empresas, como as de

telecomunicações, seguradoras ou bancos, a procura da negociação e de um acordo é muito mais frequente, visto ser mais vantajoso economicamente. A ideia que "ir a tribunal" permite auferir vencimentos mais elevados começa a deixar de ser assumida pelos advogados, porque o tempo despendido nas várias fases processuais pode não ser compensado pelo acréscimo nos honorários, especialmente se isso implicar não poder tratar doutros casos. Além disso, face ao acréscimo da concorrência neste sector, a "imagem" de um advogado também se constrói em resultado da eficiência que demonstra na resolução dos casos que lhe chegam à mão.

A segunda vertente que se alterou no âmbito das competências dos advogados foi a possibilidade de certificação de actos notariais, que permite ganhar tempo e simplificar os procedimentos, além de poder representar um acréscimo de rendimentos. Para os clientes, esta mudança permite acelerar o processo e manter ou diminuir os custos do processo, visto que alguns advogados não cobram mais honorários por executar essas tarefas de certificação. Poderá vir, no entanto, a colocar-se a questão do controlo dos actos certificados pelos advogados, tal como realçam os notários, visto que o registo de tais actos é muito mais insipiente e sujeito a utilizações indevidas. O mesmo tipo de críticas se pode aplicar à certificação de actos notariais pelos correios.

O terceiro aspecto diz respeito à participação mais activa dos advogados na resolução judicial ou não judicial de um litígio. Neste âmbito, podem referir-se os seguintes três exemplos: a) a possibilidade dos advogados efectuarem por acordo a inquirição de testemunhas, ou seja, o registo da produção antecipada da prova[242]; b) a possibilidade, inscrita no Código de Processo Civil desde a revisão de 1985 (art. n.º 464-A, n.º 1), dos advogados acordarem sobre os factos e irem a tribunal apenas discutir as questões de direito[243]; c) e a participação em formas alternativas de resolução de litígios, como sejam a mediação, conciliação ou arbitragem. Os dois primeiros exemplos permitem observar que a lei pode estar à frente da vontade de transformação das profissões, visto que os advogados não fazem uso das prerrogativas que lhes são legalmente concedidas. A última situação é distinta consoante se exerce na esfera do

[242] Sobre o impacto nulo desta medida, ver o relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (Santos, 2001).

tribunal e do processo (mediação ou conciliação) ou fora dela (arbitragem, mediação ou conciliação), servindo assim, ora de complemento e mecanismo informal para a resolução do conflito, com a assistência do juiz, cabendo ao tribunal homologar o acordo alcançado, ora de instância pré-judicial de resolução do litígio, principalmente quando as partes consideram ser mais benéfico a realização de uma tentativa de conciliação antes de recorrer aos tribunais. Os mecanismos alternativos de resolução de litígios permitem, ainda, criar outras oportunidades de trabalho pré-judicial para os advogados, sendo já comum os cidadãos fazerem-se acompanhar de advogados quando recorrem a estes mecanismos. Daqui resulta um outro tipo de desempenho profissional, obrigando os advogados a familiarizarem-se com estes mecanismos de resolução de litígios (v.g. Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo[244]).

Outro aspecto importante, na actual transformação da profissão, resulta da participação dos advogados em gabinetes de informação jurídica, seja ao nível dos Gabinetes de Consulta Jurídica ou através da prestação de serviços em juntas de freguesia, câmaras municipais, associações, sindicatos ou outras organizações não governamentais[245]. Estas actividades, além de servirem de complemento remuneratório, significa igualmente uma mudança nas actividades tradicionais da profissão, não só pelo tipo de tarefas desempenhadas, mas essencialmente por serem efectuadas debaixo da tutela de uma entidade pública ou privada. Este movimento é cada vez mais comum no seio dos advogados, sendo uma evolução comum à maioria dos países, situação que gerou o crescimento da profissão de "jurista". O "jurista, não exerce geralmente como advogado, mas efectua trabalho jurídico em empresas ou entidades públicas ou privadas, passa a exercer funções de consultoria e assessoria, seja em grupos empresariais, nos serviços da segurança social ou, mais recentemente, nos Julgados de Paz.

---

[243] Esta disposição foi revogada pelo Dec.-Lei n. 211/91, de 14 de Junho, porque, segundo o preâmbulo deste decreto, "não tem sido de utilização frequente nos nossos tribunais".

[244] Sobre os Centro de Arbitragem em Portugal ver Pedroso e Cruz (2000).

[245] Por exemplo, as juntas de freguesia de S. Jorge de Arroios, S. Francisco Xavier, Pena ou S. Mercês, entre outras, em Lisboa, prestam serviços de consulta jurídica através de juristas que aí prestam serviços em regime de avença.

Esta última vertente analisada leva-nos para o quinto e último aspecto, referente ao carácter cada vez mais multidisciplinar do exercício da profissão. Referimo-nos não só aos profissionais que compõem um escritório de advocacia moderno, mas igualmente à inserção do jurista em equipas diversificadas, nomeadamente as existentes em empresas, associações, entidades públicas ou organizações não governamentais. Daqui sobressai a ideia de versatilidade profissional que começa a ser um apanágio do advogado moderno e competente.

4.1.6.2. Organização profissional e empresarial: novas exigências, novas aptidões

Ao nível da organização empresarial dos advogados, é de realçar que em Portugal esta evolução é ainda lenta, ao contrário do que se verifica em países como os Estados Unidos, a Alemanha ou a Grã-Bretanha, registando-se apenas alguma concentração através de escritórios localizados principalmente em Lisboa e, em parte, no Porto. Esta localização deve-se a vários factores, para além das lógicas demográficas, nomeadamente a concentração das sedes das empresas e associações, dos principais serviços públicos e igualmente dos clientes particulares mais "favorecidos". No resto do país, esta realidade é ainda incipiente, registando-se uma transformação muito mais lenta, inclusive na modernização das técnicas e métodos utilizados[246].

Segundo o Relatório da Ordem dos Advogados de 1999, o número de sociedades de advogados aumentou, no período de 1989 a 1999, de 105 para 496[247]. Não obstante todos estes dados, é actualmente impossível saber qual o número de profissionais que exercem funções nestas sociedades, quer como sócios quer como prestadores de serviços. Esta lenta evolução revela, por um lado, a tentativa da profissão responder à

[246] Os distintos graus de modernização da justiça portuguesa detectam-se, igualmente, pelo impacto que tiveram as medidas introduzidas pelo Ministério da Justiça com o intuito de modernizar o sistema judicial, as quais foram avaliadas no relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (Santos, 2001).

[247] Segundo a Ordem dos Advogados existiam, em finais de 2000, 18.662 advogados inscritos. Destes, 8.780 situam-se no distrito judicial de Lisboa e 5.716 no do Porto. Só a comarca de Lisboa concentra 6.384 advogados. Verifica-se que o número de mulheres está cada vez mais próximo do dos homens: 8.524 para 10.138 (Boletim da Ordem de Advogados, Nº 15, Maio/Junho de 2001).

transformação dos mercados e, por outro, garantir uma maior competitividade através da especialização e da racionalização da organização empresarial.

O acesso à profissão representa uma área sensível quando se fala de transformação da advocacia. O crescimento, não controlado pelos profissionais, do número de advogados veio acelerar o processo de transformação em curso, uma vez que a competitividade aumentou, impondo aos advogados a busca de novas soluções empresariais e de novos nichos de mercado[248]. Este aumento desmesurado de advogados, e as desvantagens daí decorrentes, verificado nos últimos anos contribuiu, segundo Bernardo Seruca Marques, para o "menosprezo" ou mesmo "achincalhamento" a que são sujeitos, em parte provocado por "um sem número de aventureiros que vivem de expedientes mas que se adornam com o título de advogado" (2000: 561). Embora os advogados procurem actualmente recuperar os principais instrumentos de controlo do acesso à profissão, tal não tem sido concedido por parte dos sucessivos governos. A Ordem de Advogados defende inclusive que o seu controlo se devia alargar à creditação dos cursos de Direito, de modo a poder racionalizar o número de profissionais tendo em consideração as condições de mercado, ou seja, procurando adequar a oferta à procura. Esta reclamação tem ainda maior peso quando se sabe que nas últimas décadas o número de cursos aumentou bastante, aparentemente sem se reportar aos tais critérios de mercado. Se, em parte, os licenciados assumem profissões jurídicas sem ser de advogados, também não é menos verdade que o número de advogados inscritos na Ordem tem aumentado a um ritmo relativamente elevado[249].

A especialização vem sendo igualmente um tema de grande discussão. As conclusões do V Congresso dos Advogados Portugueses, realizado em Maio de 2000, dão o devido destaque a este ponto, defendendo após anos de resistência a inclusão, no estatuto da Ordem dos Advogados, do advogado especialista. Desejam que esta figura seja implantada de forma prudente e gradual, com um controlo apertado por parte da

[248] Sobre a questão do acesso e das saídas profissionais dos advogados ver o relatório elaborado por José Miguel Júdice (2000).

[249] Embora o número de processos entrados nos tribunais tenha disparado nas últimas duas décadas, o aumento do número de advogados esvaziou as eventuais vantagens, em termos de clientela potencial. Sobre esta questão ver os dados sobre a evolução do movimento processual e o número de advogados, por exemplo, nos relatórios anuais do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça.

Ordem dos Advogados, órgão que deve definir os termos e as competências em que se pode requerer este estatuto. Para tal, quem quiser aceder a este título, deve realizar provas públicas a prestar perante um Colégio de Especialidades[250]. Referem ainda que não deve haver conotações, positivas ou negativas, pela circunstância de se ter obtido esse grau. Estas conclusões do congresso demonstram a preocupação com que os advogados olham para este tema, em especial quando verificam que outras profissões jurídicas podem ocupar o seu "terreno" através do seu elevado grau de especialização[251]. Deste modo, procuram controlar as actividades especializadas, ao mesmo tempo que se vão adaptando às necessidades da procura. De referir que a especialização ocorre com maior facilidade quando existe um mercado dinâmico e com uma dimensão assinalável, o que parece ainda não ser o caso de Portugal. No entanto, parece ser um processo algo lento face à rapidez das transformações.

As questões que se colocam logo à partida é de saber que critérios são necessários para se denominar de especialista, quem está habilitado para efectuar a certificação e em que circunstâncias se deve fazer. Embora não seja desejado, a introdução da especialização poderá originar uma hierarquização dos vários ramos do direito e, por conseguinte, dos especialistas, em particular quando se verifica a grande expansão de novos ramos do direito (comercial, fiscal, consumo, ambiente, entre outros). Não obstante estas dificuldades, a especialização é uma realidade, com tendência para crescer.

A utilização de novas tecnologias começa a ser também uma preocupação dos advogados, como atesta o facto de se ter realizado em Maio de 2001, por exemplo, um seminário intitulado "Programa de Gestão de Escritórios de Advogados", abrangendo áreas como a distribuição informatizada de tarefas, a gestão do escritório a partir da agenda ou a organização do escritório e a *internet*. Contudo, verifica-se que os advogados não usam ainda muito as novas tecnologias, nomeadamente a possibilidade

[250] Esta proposta vem igualmente incluída no relatório de José Miguel Júdice (2000: 463), realçando a sua importância, especialmente, "em sectores de que estão a ser gradualmente afastados por outras profissões, devido precisamente à falta de especialização invocável".

[251] Nas conclusões do V Congresso dos Advogados Portugueses, realizado em Maio de 2000, destacam a necessidade de intensificar a luta contra a procuradoria clandestina, que pode ser uma forma "encapotada" de exercício profissional por outras profissões que aspiram a deter competências até agora exclusivas dos advogados.

de efectuarem determinados procedimentos através do correio electrónico. Esta situação tem gerado, por exemplo, a oposição dos advogados à introdução de determinadas medidas, com o objectivo de combater a morosidade judicial, devido à incapacidade de adaptarem as suas práticas profissionais. Exceptuam-se, neste panorama, as sociedades de advogados com maior dimensão, por incluírem profissionais especializados, e as novas gerações de profissionais, por estarem mais familiarizados com as vantagens. Esta lentidão reflecte igualmente a dificuldade dos tribunais, através dos operadores internos (magistrados e funcionários), em alterarem as suas rotinas perante a introdução das novas tecnologias, gerando-se, deste modo, uma dupla resistência a uma rápida modernização do sistema judicial português.

4.1.6.3. Os advogados e a transformação das competências profissionais

A transferência de competências para os advogados portugueses tem sido reduzida. No entanto, as medidas abordadas nos pontos anteriores, e referentes, por exemplo, à inquirição de testemunhas, à certificação de actos ou às notificações entre os advogados, tem gerado uma oposição por parte dos advogados que se traduz pelo não uso das prerrogativas legais (inquirição de testemunhas) e pela sua aplicação de forma contrariada (notificações entre advogados e certificação dos actos). A oposição a estas medidas deve-se, não só ao aumento dos custos e do tempo despendido, mas também a questões de índole sócio-profissional, nomeadamente por considerarem que as notificações entre advogados é uma competência dos funcionários judiciais e dos tribunais.

O processo de desjudicialização, por seu lado, tem levado a Ordem dos Advogados a assumir uma posição contrária à da maioria dos operadores judiciários, opondo-se à concretização de parte da repartição das competências previstas na proposta do Ministério da Justiça e, entretanto, já aprovadas parcialmente. A Ordem dos Advogados portugueses efectuou assim um parecer, por intermédio de José Sousa de Macedo, à proposta de repartição de competências na área da justiça[252]. Ainda que esta

[252] De referir que este parecer foi elaborado antes da aprovação das leis n.ºs 272 e 273/2001, de 13 de Outubro, que confirmaram, em parte, a proposta apresentada.

repartição proposta não interfira muito com a actividade directa dos advogados, as orientações que as medidas deixam antever leva a Ordem dos Advogados a colocar bastantes reticências às soluções preconizadas, como podemos ver pelos comentários inseridos nos pontos referentes às profissões envolvidas, notários, conservadores, Ministério Público e solicitadores, bem como em relação aos Julgados de Paz.

O parecer, embora concordando com a necessidade de dar resposta à crescente procura dos serviços judiciais, afirma que é ao próprio Estado que cabe a responsabilidade por debelar as causas do aumento da procura de tutela judicial, nomeadamente o endividamento individual e familiar, a exclusão social, a toxicodependência, a violência doméstica e a criminalidade e consequente sensação de insegurança generalizada, entro outras razões apontadas.

A estratégia de desjudicialização do Ministério da Justiça afecta, no entanto, indirectamente a profissão dos advogados porque vai permitir que os cidadãos resolvam os seus casos, não nos tribunais com a presença dos advogados, mas junto de outras instâncias como as conservatórias, cartórios notariais ou Julgados de Paz. Esta alteração provoca mudanças substanciais nas práticas profissionais e na relação com os clientes e instâncias de resolução de litígios. Assim, os advogados, em vez de se relacionarem apenas com os tribunais, passam, por força da adaptação às necessidades dos cidadãos e do funcionamento do mercado, a relacionar-se com outras instâncias com competência para resolver os processos. A reestruturação das práticas profissionais dos advogados é, neste contexto, uma condição *sine qua non* para a renovação e viabilidade económica da profissão.

4.2. Os notários e os conservadores

Os notários e os conservadores fazem também parte do rol de profissões jurídicas que denominámos de tradicionais[253]. Embora hajam questões comuns a estas funções, vamos separar a sua análise, destacando alguns dos principais problemas que

[253] Em finais de 1999 existiam em Portugal 756 notários e conservadores, enquanto em 1994 eram 733, ou seja, em cinco anos o número total de profissionais aumentou apenas ligeiramente. O número de

as profissões atravessam actualmente dentro do contexto deste relatório, ou seja, na perspectiva de transformação das suas competências e funções. No entanto, convém desde já realçar que os dois temas principais a abordar se baseiam, por um lado, na dicotomia entre serviços públicos e serviços privados e, por outro, na possibilidade destas profissões absorverem as funções certificativas e de homologação actualmente exercidas pelos tribunais, a exemplo do que aconteceu com o divórcio por mútuo consentimento.

Estas últimas funções inserem-se no que Boaventura de Sousa Santos *et al*. (1996: 52-53) designa de funções instrumentais dos tribunais, que são "talvez menos óbvias e, alguns dirão, menos importantes; acima de tudo, variam muito de país para país. As funções administrativas dizem respeito a uma série de actuações dos tribunais que não são, nem resolução de litígios, nem controle social. Assim, por exemplo, o conjunto de actos de certificação e de notariado que os tribunais realizam por obrigação legal em situações que não são litigiosas. (…) Estas funções administrativas são resíduos da sociedade pré-liberal em que as actividades judicativas eram frequentemente exercidas conjuntamente, e pelos mesmos oficiais do Rei, com as actividades administrativas".

Os actos praticados pelos conservadores e notários não são, segundo um parecer emitido pela Direcção-Geral dos Registos e do Notariado (P.58/93.R.P.4), actos administrativos. São, deste modo, e seguindo o parecer, actos que se inserem no âmbito do direito privado, de natureza jurisdicional ou parajudicial, com a finalidade de titular e publicitar de um modo autêntico e juridicamente eficaz o estado civil e os direitos individuais das pessoas singulares ou colectivas. Não se incluem nos actos típicos de notários e conservadores as certificações e as contas emolumentares que, por possuírem uma natureza administrativa, se enquadram nas disposições contidas no Código de Procedimento Administrativo.

oficiais de registos e notariado, por seu lado, e no mesmo lapso de tempo, diminuiu de 4550 para 4406 (Gabinete de Estudos e Planeamento, 2000).

4.2.1. Os notários

O Relatório Marinho (1993), elaborado no seio do Parlamento Europeu, destaca a existência de um conjunto de características comuns ao exercício da função notarial na maioria dos países da União Europeia, com a excepção de Portugal, de um *länd* alemão e do sistema vigente no Reino Unido e alguns países nórdicos, que podem ser sintetizadas nas seguintes: "delegação parcial da soberania do Estado a fim de assegurar, nomeadamente, o serviço público de autenticidade das convenções e da prova; actividade independente exercida no âmbito de um cargo público sob a forma de uma profissão liberal (…), mas submetida ao controlo do Estado – ou o órgão estatutário mandatado para o efeito pelas autoridades públicas – quanto à observação das prescrições do acto notarial, da tarificação regulamentada e imposta no interesse dos clientes, do acesso à profissão ou da organização da mesma; função preventiva relativamente à do juiz, ao eliminar ou reduzir os riscos de litígio; papel de consultor imparcial". Nas palavras de Antonio Adrados (1986: 9), a função notarial implica "um *officium publicum*, uma função certificante ou autorizante; mas também um *officium civile*, uma profissão jurídica de natureza privada (…). De todo o modo, o titular dessa função, o notário, vai situar-se na organização jurídica, como consequência da mistura ou fusão peculiar entre juristas oficiais ou juristas estatais – os funcionários públicos –, e os juristas liberais, cujo protótipo são os advogados".

A origem do notário, como autenticador de convenções em nome do Estado, remonta já aos tempos do Império Romano, tendo através deste se alargado a vários países. Na Idade Média a sua actividade esteve muito ligada aos juízes, porque dependiam da assinatura e registo destes. Em França, é a partir do Século XV que se estabelece a função do notário de forma autónoma, através da delegação de competências por parte do Estado, à imagem do que sucedia já com os juízes e os delegados directos da autoridade pública., embora existam referências da actividade notarial desde o Século XIII (Caupers, 1993: 6). Ainda segundo João Caupers, em Portugal, "os historiadores registam a existência de notários públicos desde o reinado de D. Afonso II (1211-1223) [podendo] concluir-se que, em finais do século XIV se encontrava institucionalizada entre nós a figura do notário público, instituição que, segundo boa doutrina, se situava no centro da vida jurídica nacional" (1993: 6-7).

Hoje em dia, os notários são no direito continental europeu (*civil law*) juristas especializados que efectuam actos que, nos países de *common law*, são desempenhados por advogados[254] (O'Neal, 2000). Neste último sistema, as funções desempenhadas pelos *public notaries* são as certificações, a recepção de juramentos, o protesto de letras, a tradução de documentos e a retroversão e certificação de documentos nacionais destinados a produzir efeitos no estrangeiro[255] (Caupers, 1993: 8). Visto que o sistema de notariado francês se enquadra dentro das características descritas no Relatório Marinho, em contraponto com alguns aspectos do sistema português, vejamos como funciona.

4.2.1.1. O notário em França

O notário francês é ao mesmo tempo um funcionário público e um profissional liberal[256]. Segundo o artigo 1.º do seu Estatuto, os notários "são os funcionários públicos encarregados de receber todas as actas e contratos que as partes desejam ou querem atribuir um carácter de autenticidade ligado aos actos de autoridade pública, e para assegurar a data, conservando em depósito, autenticar documentos (cópias executórias) e expedições (cópias autênticas)" (Varaut, 1998: 175). Sendo uma função pública, a existência do notário, a sua localização, supressão ou transferência dependem da autoridade do Estado.

O Estatuto de funcionário público confere ao notário direitos e deveres. As suas atribuições dependem directamente do Ministério da Justiça, que tutela assim a profissão. São nomeados pelo Ministro da Justiça e exercem a sua profissão sob

[254] Nos países da *common law* os únicos actos jurídicos em que o Estado atribui o valor da verdade indiscutível são os provenientes dos tribunais, situação que está relacionada com a história da criação do direito por via jurisprudencial (Caupers, 1993: 7).

[255] Os *scriveners notaries* de Londres são, praticamente, notários latinos em função das competências que exercem.

[256] Os notários franceses atingiam em 1997 o número de 7611, em que apenas 905 eram mulheres. Existiam 2218 notários individuais e 2307 sociedades profissionais, com 75 notários assalariados e 36000 colaboradores assalariados (Varaut, 1998: 185). A actividade notarial concentra-se principalmente no imobiliário, vendas e construção (38%) e actos de família e sucessões (29%). As restantes actividades notariais repartem-se entre actividades de crédito (16%), direito de empresas e gestão de património (11%) e negociação imobiliária (4%).

controlo do Ministério Público. Entre obrigações e limites no exercício da profissão podemos destacar as seguintes: a obrigação de assegurar a permanência e eficácia de um serviço público; a vinculação ao sigilo profissional; e a limitação de instalação de um cartório de acordo com critérios geográficos e demográficos estabelecidos pelo Estado. Ao nível de disciplina e do código deontológico os notários estão, entre outras limitações, interditos de participar em operações especuladoras e comerciais e de se imiscuir em sociedades comerciais e de trabalhar com depósitos de fundos ou empréstimos. Os notários devem ainda evitar quaisquer participações em assuntos relativos ao Ministério da Justiça, bem como efectuar actos ou partilhas relacionadas com familiares directos.

O notário como profissional liberal, por sua vez, permite que os cidadãos possam escolher livremente o cartório onde desejam efectuar os actos, da mesma forma que se escolhe um advogado. Também a gestão do cartório é da competência do notário ou da "sociedade comercial" constituída para o efeito, com responsabilidades ao nível dos recursos humanos, materiais e financeiros, procurando responder às necessidades dos cidadãos. O notário balança, assim, entre as responsabilidades de um empresário e as obrigações de funcionário público.

O controlo e fiscalização da profissão são uma garantia de qualidade do serviço público. Deste modo, a regulamentação da profissão prevê mecanismos de fiscalização e controlo dos cartórios notariais através de inspecções anuais. Estas inspecções incidem, não só sobre a forma de gestão, mas também sobre a regularidade dos actos e operações praticadas. A garantia dos serviços prestados advém também do seguro obrigatório de responsabilidade civil que os notários possuem, cobrindo as consequências danosas dos seus actos. Existe ainda, por vontade do legislador e para segurança dos cidadãos, a garantia do pagamento de indemnizações por actos praticados pelos notários e não cobertos pelo seguro obrigatório. Esta garantia é assegurada pela instituição notarial e não tem paralelo em nenhuma outra profissão.

A profissão está organizada em várias entidades. Por um lado, as de carácter oficial e obrigatório e, por outro, as de cariz voluntário. As primeiras podem ser divididas em três níveis: o Conselho Superior do Notariado, que representa a profissão junto dos poderes públicos, dos vários actores sócio-económicos e no plano

internacional, determinando a política de notariado e as suas orientações; os Conselhos Regionais, que representam o notariado junto do Tribunal de Recurso correspondente, promovem diversas actividades de formação e reflexão e dão pareceres sobre a localização de cartórios e as designações de notários; e as Câmaras Departamentais, que exercem um poder disciplinar muito importante, além da organização das inspecções, da análise das reclamações de terceiros, da mediação de conflitos profissionais e da elaboração de pareceres sobre regulamentos e recomendações.

As entidades voluntárias variam de acordo com a sua natureza e objectivos. Começamos com a Assembleia de Ligação dos Notários de França que, não sendo nem um sindicato nem uma associação profissional, é uma estrutura informal que procura contribuir para a reflexão e concentração de informação sobre os problemas que afectam a profissão de notário. Esta estrutura estabelece a ligação entre os profissionais e o Conselho Superior de Notariado, inclusive através da eleição de delegados que, posteriormente, vão integrar os trabalhos das várias comissões permanentes a funcionar junto do Conselho.

Existem também dois sindicatos de notários: a União Geral dos Notários de França – Sindicato Nacional de Notários; e o Sindicato de Notários de França. O primeiro, fundado em 1949, congrega cerca de 20 a 25% dos profissionais e tem como objectivo defender os interesses de classe. O segundo, fundado em 1984, funciona essencialmente como um órgão de reflexão e visa defender, principalmente, os interesses morais dos notários.

Temos, ainda, o Movimento de Jovens Notários, que agrupa notários e assalariados e que tem como objectivo a promoção do papel social e económico do notariado, organizando anualmente um encontro de reflexão, e os CRIDON, que são centros de pesquisa de informação e documentação notarial com a missão de fornecer assistência jurídica. Por fim, existe a Associação para o Desenvolvimento do Serviço Notarial, criada no âmbito do Conselho Superior de Notariado, com o objectivo de promover e coordenar diversas acções económicas como publicações, ficheiros ou congressos.

4.2.1.2. O notário em Portugal – algumas problemáticas recentes (até 1999)

O notariado português está dependente do Ministério da Justiça, através da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado[257]. A profissão em Portugal ainda mantém o estatuto de funcionário público adquirido durante o Estado Novo. Esta imposição veio contrariar a tradição portuguesa que concebia o notariado como uma profissão liberal, à imagem do percurso histórico retractado para o notariado francês. O notário-funcionário existente em Portugal, tal como o classifica João Caupers (1993: 14), difere do notariado latino pelo facto de se encontrar numa estrutura estadual hierarquizada, com a remuneração a ser assegurada pelo Estado. Deste modo, refere ainda o autor, "a função de aconselhamento dos particulares, quando existe, apresenta relevo mínimo – até porque [...] carece de autonomia, que é condição da concaução dos cidadãos no seu conselho".

O sistema notarial português, após o Decreto de 14 de Setembro de 1900, passou a estar dependente do poder judicial, situação que veio a reforçar-se ainda mais após 1949, em período de vigência do Estado Novo. Neste ano, decidiu-se funcionalizar o notariado (Dec.-Leis n.ºs 35390, de 22 de Dezembro de 1945, e 37666, de 19 de Dezembro de 1949), passando estes profissionais a ser agentes do Estado, sob a tutela da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado. "Perderam autonomia [...], perderam especificidade, integrados na mesma organização que os conservadores dos registos, e ganharam segurança económica, consubstanciada numa retribuição mínima garantida pelo Estado (Caupers, 1993: 15). No entanto, ao contrário do que sucedeu com algumas profissões, como os conservadores dos registos, aos notários foi mantido o princípio da livre escolha, não impondo competências territorialmente delimitadas. Como a Constituição de 1976, e posteriores revisões, não faz referência ao notariado, é possível pensar em implementar qualquer tipo de reforma, mesmo, nas palavras de João Caupers

[257] Segundo o *site* da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, a função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais. Compete ao notário redigir o instrumento público conforme a vontade das partes, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-as do seu valor e alcance.

(1993: 15), a sua extinção, embora esta medida acarretasse bastantes reformas no sistema jurídico nacional, em especial no direito probatório.

A oposição dos notários à vigência do actual modelo controlado pelo Estado tem sido constante, registando-se, naturalmente, posições mais vincadas após a revolução de 25 de Abril de 1974. O 1º Congresso dos Notários Portugueses, organizado pela Associação Portuguesa de Notários em 1982, referia nas suas conclusões que o Estatuto do Notário devia ter como "objectivo fundamental, a sua completa integração no sistema do Notariado Latino, reclamando a correcção dos desvios actualmente existentes em relação aos princípios daquele sistema aprovados em Congressos Internacionais" (*in* Matos, 1999: 139)[258]. As funções do Estado são confinadas, neste documento, à instalação de um organismo de base associativa, dotado de personalidade jurídica pública, com o objectivo de assegurar a idoneidade ética e científica dos notários.

As Bases do Notariado, aprovadas em 1992[259], serviram de inspiração para o Anteprojecto-Esboço de liberalização do notariado português, de 1994, que não foi, por sua vez, aprovado[260]. No preâmbulo das Bases do Notariado, acusa-se a administração de reconhecer apenas "o notário precipuamente como colector de impostos e de emolumentos e cuida de explorar ao máximo a empresa pública notarial, com esticar as receitas e comprimir as despesas, quer de pessoal quer de instalações, evitando sempre a abertura de novos cartórios, descuidando o apetrechamento dos existentes e limitando drasticamente a admissão de pessoal, a despeito de o serviço aumentar sucessivamente com o desenvolvimento do país" (*in* Matos, 1999: 143).

A tensão existente entre funções públicas e funções privadas na organização do notariado é permanente. Por um lado, a eficiência dos serviços prestados, com os notários a defenderem que o exercício da profissão de forma liberal contribuiria para o seu melhoramento, restringindo-se as funções do Estado à fiscalização profissional e

---

[258] O modelo de notariado existente em Portugal "era caracterísitico dos países do bloco de leste; desaparecido este, quase todos – Russia, Polónia, Eslováquia, República Checa, Hungria – vêm optando pelo notariado latino. Na Europa actual apenas sobrevive nalguns cantões helvéticos e em Portugal" (Caupers, 1993: 14).

[259] Elaborado para a Associação Portuguesa de Notários e publicado no seu Boletim n.º 189 (supl.).

regulamentação da distribuição geográfica dos cartórios. Por outro, nota-se uma "apetência" por controlar as verbas geradas pelo exercício da profissão, com ambas as partes a reclamar a sua legitimidade, embora baseando-se em argumentos opostos. No entanto, da superação desta tensão resultará, provavelmente, uma transformação da profissão, tal como é preconizada pelo citado Relatório Marinho. Neste Relatório convida-se a Comissão Europeia a efectuar uma harmonização das regras de organização da profissão, propondo aos Estados-membros e ao notariado a tarefa de "procederem a consultas com vista à realização das reformas necessárias, susceptíveis de permitir, por um lado, uma aproximação no quadro europeu de certos aspectos próprios da organização da função notarial e, por outro, uma abordagem regulamentar sectorial do seu exercício, na medida em que a realização do mercado interno o justifique" (1994: 61). O mesmo documento preconiza que, num curto espaço de tempo, toda a Europa continental terá um sistema semelhante[261].

A liberalização do notariado, sendo um assunto relativamente consensual no seio dos actores jurídico-políticos, pode adoptar diferentes posturas e diferentes modelos que, por sua vez, geram posições distintas e mesmo antagónicas. Convém, contudo, referir que o actual governo não inscreveu essa possibilidade no seu programa, pelo que, e atendendo igualmente à legislação entretanto aprovada, não parece ser esse o caminho preconizado. Mesmo assim, e em relação a esta problemática, Albino Matos refere que a liberalização do notariado português é uma tarefa bastante complexa porque era a primeira vez que se transformava "toda uma categoria de funcionários públicos, os notários, em profissionais liberais" (1999: 11). Esta tarefa, ainda segundo o autor, encontra-se relativamente facilitada devido à existência de três factores: a tradição histórica do notariado português, apenas contrariado a partir da década de 40 por imposição do Estado Novo; a prática do Direito comparado, na quase totalidade dos

[260] Os princípios enumerados nestes documentos estão em consonância com o texto aprovado pela Conferência Permanente dos Notariados da Comunidade Europeia, aprovado em Março de 1990.

[261] Na Assembleia Geral dos Notários, que decorreu em Aix-En-Provence, em 26 de Maio de 2000, o deputado europeu Luís Marinho realçou a importância dos notários no espaço europeu referindo que "a primeira barreira contra o crime europeu, organizado por traficantes internacionais – seja a droga, o tráfico de seres humanos, os produtos radioactivos ou as armas – é a representação do Estado, pelos notários através dos seus actos. As transacções mafiosas são incompatíveis com notários escrupulosos. (…) Se o dinheiro branqueado não se pode transformar em riqueza material por intermédio do notário, é a

países onde existe a profissão de notário; e a experiência teórico-prática do Notariado Latino, de que Portugal é membro da respectiva União Internacional desde a sua fundação, em 1948, e que conta actualmente com 68 países.

As divergências têm surgido essencialmente devido ao método escolhido e às equipas encarregues de elaborar os projectos. Albino Matos, face ao processo conduzido pelo Ministério da Justiça entre 1995 e 1999, considera que a opção tomada de encarregar a respectiva direcção-geral influenciou negativamente os resultados finais, por dois motivos (1999: 15): "Desde logo, diplomaticamente, deve observar-se que é escasso o conhecimento e a aptidão técnica do aparelho da direcção-geral no tocante ao sistema notarial (a direcção-geral é um órgão de cúpula de um *notariado administrativo* e o *notariado latino* que visa atingir é exactamente o oposto daquele outro). Por outro lado, convém não esquecer que a direcção-geral é parte interessada no processo de liberalização, tendo interesses próprios essenciais a defender neste mesmo processo". Uma das questões em discussão era a de saber se devia existir uma direcção-geral, que veio a manter-se no projecto elaborado, inclusive com mais poderes. Outras questões em aberto reportam-se aos critérios para definir a competência territorial de cada cartório, à tabela de emolumentos, ao acesso à profissão ou a organização da solidariedade profissional (para que os notários dos centros urbanos mais movimentados não sejam demasiadamente favorecidos face aos restantes). No entanto, e visto que não se optou pela via da liberalização, a melhoria do notariado preconizada pelo Ministério da Justiça passa por outras medidas, nomeadamente: o aumento do número de cartórios, em mais de 50; a informatização dos serviços de registos e notariado; a melhoria das instalações actuais; e a desburocratização da actividade notarial[262]. Analisemos apenas esta última medida.

A desburocratização do notariado português pode inserir-se numa perspectiva mais abrangente: a transformação da profissão do notário. Esta transformação pode passar, para além da natureza pública ou privada da profissão, pelo exercício de novas funções e competências e insere-se num processo mais abrangente de reconfiguração

segurança pessoal de todos e não apenas a segurança jurídica que ganha". (Boletim da Associação Portuguesa de Notários n.º 224, Maio/Junho de 2000)

das profissões jurídicas e de desjudicialização de actos e processos que não constituam um litígio. Entre as novas funções, deve-se realçar a possível assunção pelos notários das funções certificativas e de notificação desempenhadas tradicionalmente pelos tribunais (funções instrumentais), retirando destes as funções não litigiosas. Também a acção executiva, com excepção de actos de natureza jurisdicional, pode vir a ser exercida pelos notários.

Assim, perspectiva-se para os notários algumas transformações no exercício das suas funções e nas competências que lhe estão atribuídas. Independentemente da liberalização da sua profissão, a procura de maior eficiência e qualidade do seu desempenho mantém-se como um dos objectivos do Ministério da Justiça que considera assim haver possibilidades de melhorar os serviços notariais sem transformar a natureza pública do notário. Ao mesmo tempo, e face ao "afogamento" dos tribunais com assuntos não litigiosos, as propostas de mudança preconizam a "entrega" aos notários de competências antes exercidas sob a tutela judicial. Estas duas vias de mudança, uma ao nível dos meios e a outra ao nível das competências, contribuirão para a transformação da profissão de notário, a par do que vem igualmente sucedendo noutras profissões jurídicas.

4.2.1.3. As competências a transferir para os notários

As competências a transferir para os notários dizem respeitos à tramitação de um conjunto de procedimentos que, segundo o projecto do Ministério da Justiça, "só serão remetidos para os tribunais judiciais ou para os Julgados de Paz se e quando houver oposição dos citados". Algumas destas já foram inseridas nos dois diplomas aprovados em Outubro de 2001. No entanto, vamos referir-nos ao conjunto global da proposta apresentada no início do ano pelo Ministério da Justiça por constituir um documento mais abrangente.

---

[262] O documento elaborado por João Caupers faz um diagnóstico da situação entretanto vivida pelos cartórios notariais, bem como idealiza um conjunto de medidas que pudessem contribuir para a melhoria do serviço prestado, preconizando uma liberalização progressiva da profissão (1993: 16-41)

As competências restringem-se à área cível. Uma das principais vertentes que o Ministério da Justiça pretende delegar aos notários diz respeito aos actos avulsos, designadamente nas notificações judiciais avulsas, na produção antecipada de provas, na notificação judicial do arrendatário e subarrendatário e na denúncia dos contratos de duração limitada. A execução destas tarefas permitiria libertar os tribunais judiciais de algumas das funções instrumentais, como referimos atrás, que mais limitam a sua actividade diária.

No processo comum a sua intervenção limita-se à revalidação dos actos[263], à convocação, ao exercício de preferência pelo comproprietário e à autorização judicial de venda antecipada de penhor. Quanto aos processos de jurisdição voluntária a sua intervenção é mais residual, cingindo-se às seguintes competências: notificação para preferência, preferência limitada e prestação acessória; acção sub-rogatória; tutela de personalidade, do nome e da correspondência confidencial; convocação de assembleia de sócios; e averbamento, conversão e depósito de acções e obrigações[264].

Nos processos especiais, as competências dos notários relacionam-se com: a prestação de caução; a venda antecipada de penhor; a prestação de contas em geral; a consignação em depósito; a divisão de coisa comum; e o inventário (embora mantendo o processo nos tribunais judiciais)[265].

Algumas das competências aqui estipuladas, e à imagem do que acontece para os Julgados de Paz, podem ser remetidas, em caso de oposição das partes, ora para os Julgados de Paz ora para os tribunais judiciais. A redistribuição das tarefas aqui prevista

[263] O Código de Notariado foi alterado pelo Dec.-Lei n.º 272/2001 no sentido, segundo o seu preâmbulo, de atribuir competências ao notário para sanar a nulidade do acto por falta de assinatura do mesmo [...] e possibilita-se a revalidação de actos nulos, nos casos em que a nulidade não é sanável".

[264] A Procuradoria-Geral da República emitiu um parecer relativo à proposta do Ministério da Justiça de redistribuição de competências e desjudicialização. Em relação à transferência destas competências para os notários, existe uma oposição neste parecer, em nome do direito à identidade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade, à sua intervenção em casos de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial, mesmo que possam ser remetidos para os Julgados de Paz em caso de contestação, devendo optar-se por outra forma de desjudicialização.

[265] O parecer da PGR chama ainda a atenção para os casos de especial complexidade como, por exemplo, na acção de prestação de contas por considerar que o notário pode não estar preparado para lidar com esses casos. Alerta também para a possibilidade de haver incidentes no processo de consignação em depósito e considera pouco cuidada a situação prevista para o processo especial de divisão de coisa comum, por estar conexionada com o inventário.

poderá aliviar em muito o trabalho quotidiano dos tribunais judiciais, em especial as funções instrumentais, contribuindo igualmente para uma justiça mais célere e eficaz.

4.2.1.4. O parecer da Associação Portuguesa de Notários/Associação Sindical dos Notários Portugueses

Estas duas associações de notários apresentaram um parecer conjunto, aproveitando este momento para dirigir críticas ao processo legislativo referente à alteração da lei orgânica da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado. No preâmbulo do projecto apontam ainda as actuais dificuldades por que afirmam estar o notariado português a atravessar, seja a nível das infra-estruturas físicas ou mesmo da sobrecarga de funções que assumem actualmente. Deste modo, consideram que "reina a insatisfação pelo rumo que a profissão está a tomar, ao serem-lhe retiradas as suas competências tradicionais, pretendendo atribuir-se-lhes competências que nunca exerceram e que não se inserem na sua formação específica, sendo alheias ao notariado". Alertam que, perante a actual situação, a atribuição de novas competências pode levar a que os notários atinjam um estado de "inoperância imposto por lei".

A transferência de competências prevista gera bastante oposição no seio do notariado, visto que pretendem evitar que certas competências sejam atribuídas a profissionais que não têm a formação adequada nem a isenção requerida, assim como contestam a execução de competências para as quais não estão qualificados. Consideram esta situação uma notória "promiscuidade" de competências e de funções nos serviços públicos. Alertam para o facto de algumas soluções previstas poderem vir a contribuir para que os cartórios funcionem ainda pior. Defendem, assim, a reforma interna dos procedimentos judiciais e não a sua externalização através de outros mecanismos ou com o recurso a outras profissões jurídicas. Por um lado, afirmam que alguns dos procedimentos previstos para os notários têm subjacente um litígio, visto que as partes não chegam a um acordo, como na prestação de caução ou reforço ou substituição de garantias, na prestação de contas, na reforma de documentos, entre outros. Por outro, consideram que certos procedimentos exigem uma apreciação de prova e decisão, facto que implica a atribuição de "poder jurisdicional a quem

constitucionalmente o não pode ter, como nos casos dos art.ºs 1013, 1053, 1467, 1468, 1469, 1475, 1486, 1490 do C.P.C.". Mesmo no caso dos processos de jurisdição voluntária, consideram que o Tribunal pode e deve investigar os factos em discussão, recolhendo as provas e informações necessárias para que se chegue a uma solução a contento das partes, não sendo esta uma competência dos notários.

Aludem ainda para o facto de, dentro da transferência de competências previstas, a função do notário ser meramente burocrática e administrativa, como por exemplo as citações e notificações. Em caso de oposição, alertam que o processo pode iniciar-se numa entidade e terminar noutra, com os consequentes problemas de articulação que essa situação levantaria.

Os notários contestam ainda a distribuição de competências propostas por revelar pouca unidade, separando os procedimentos relativos ao exercício de direitos sociais por conservadores e tribunais judiciais, e em que aos notários compete "residualmente a convocação dos credores e averbamentos, conversão e depósito de acções e obrigações". Renovam as mesmas críticas em relação a matérias que dizem respeito a garantias das obrigações e à expurgação de hipotecas e da extinção dos privilégios, embora os actores envolvidos sejam distintos.

Terminam a avaliação da proposta do Ministério da Justiça dizendo que "adivinha-se mais burocrática e morosa a realização da justiça com esta repartição de competências. Assim sendo, entendemos que o projecto apresentado para melhorar o sistema, não respeitando a separação de competências, em função da natureza de cada um dos Serviços Públicos envolvidos no projecto, segue um caminho ao arrepio da lúcida reflexão legislativa e do Ordenamento Jurídico vigente, pelo que é, «a essa luz», liminarmente de rejeitar".

Os notários, contudo, e após rejeitarem a proposta do Ministério da Justiça, avançam com um conjunto de propostas alternativas, que poderiam ser direccionadas para os notários, nomeadamente em procedimentos em que não haja produção e apreciação de quaisquer provas não documentais. Entre essas competências, destacam: "inventários, partilha subsequente a divórcio (funções já tradicionalmente remetidas para os notários, na Europa moderna), divisão da coisa comum de imóveis, móveis sujeitos a registo e demais bens, processos referentes às garantias das obrigações e

reforma de autos, bem como as justificações judiciais". Defendem também poder certificar todos os factos da sua percepção, que tenham sido devidamente verificados, "evitando a deslocação do tribunal ao local, na produção da prova, como se vem fazendo na Europa, e é de extrema utilidade". Apontam o exemplo particular dos inventários que permitiria, na sua opinião, aliviar os tribunais sem colocar em causa a qualidade técnico-jurídica.

Em jeito de conclusão, acrescentam que só podem aceitar a sua própria proposta caso sejam cumpridos um conjunto de condições prévias, nomeadamente: a) a acumulação das novas competências com as que já exercem; b) a atribuição dos meios necessários (materiais, humanos e formação adequada), para a execução das novas competências; c) e a adequação da retribuição ao trabalho e responsabilidade acrescida.

4.2.2. Os conservadores em Portugal

A profissão de conservador tem sido menos polémica e menos abordada sempre que se fala de transformação das competências das profissões jurídicas e de reforma da justiça. Com a excepção das condições em que exercem a profissão, os conservadores têm ficado à margem das recentes discussões. No entanto, a possibilidade de assumir novas competências foi já avançada, em parte, com a aprovação dos referidos Decretos-Lei, na linha do que sucedeu com a competência de realizarem divórcios por mútuo consentimento. Deste modo, podemos igualmente perspectivar algumas mudanças no futuro da profissão. A nossa abordagem neste ponto vai, contudo, restringir-se à análise de alguns documentos que traduzem as principais reivindicações da classe, assim como as posições assumidas por organismos internacionais, tendo por base essencialmente o *site* oficial da sua associação.

A Associação Sindical dos Conservadores dos Registos considera que a profissão não tem tido a devida valorização, pelo que exigem o seu reconhecimento através da alteração ao Estatuto Profissional dos Conservadores. No seguimento desta pretensão, defendem igualmente a realização de cursos de formação e cursos de aperfeiçoamento para os escriturários e ajudantes, bem como a institucionalização de reuniões técnico-profissionais organizadas pela associação ou pelos conservadores.

Outra vertente que consideram importante alterar relaciona-se com as condições de exercício da profissão, nomeadamente pela melhoria das instalações, pela informatização dos serviços, pelo preenchimento das vagas e pela criação de uma bolsa de reserva de conservadores, ajudantes e escriturários. Neste sentido, reivindicam ainda a revisão das portarias reguladoras das comparticipações emolumentares de modo a corrigir as distorções salariais que dizem persistir no seio da profissão.

Em relação à alteração dos códigos dos vários registos defendem a manutenção de algumas regras, como por exemplo a manutenção do princípio da instância no registo predial e do preparo nos registos predial, comercial e de automóveis. A reforma destes diplomas deve promover a desburocratização e simplificação dos procedimentos, embora sem colocar em causa as garantias dos actores envolvidos. Dentro da modernização dos serviços de registos, uma delegação da Associação Sindical dos Conservadores dos Registos, que participou numa reunião internacional em Madrid (Junho de 2000), elaborou um conjunto de propostas tendo em vista a modernização dos serviços. Entre elas destacamos as seguintes:

a) informatização integral de cada Conservatória;

b) ligação em rede de todas as Conservatórias nacionais e da Europa;

c) possibilidade de recepção e expedição de títulos por via electrónica;

d) e pagamento dos serviços solicitados por via electrónica.

Estas mudanças implicam, por seu lado, a formação dos profissionais envolvidos e a melhoria das condições de funcionamento, facto que implica a reformulação e simplificação de algumas regras processuais.

As conclusões da Primeira Jornada Iberoamericana de Direito Registral, que ocorreu na Cidade do México em Abril de 1999, apontam no mesmo sentido que as reivindicações dos conservadores portugueses. Assim, defende-se que os serviços registrais e respectivos profissionais sejam dotados de autonomia administrativa e financeira e que os conservadores possuam as devidas habilitações para o cabal desempenho das suas competências.

Na opinião dos conservadores, a transformação da profissão passa mais pela melhoria e actualização das condições de exercício do que propriamente pela alteração das suas competências.

O papel que os conservadores podem desempenhar está ainda em aberto. A experiência de desjudicialização dos divórcios por mútuo consentimento permite antever um alargamento das suas competências, que necessitará de ser acompanhado de medidas que redimensionem os serviços de modo a poderem dar a correcta resposta ao aumento das solicitações.

4.2.2.1. As competências a transferir para os conservadores

A transferência de competências para os conservadores, no seguimento do exposto para os notários, pretende conferir maior eficácia a uma série de procedimentos não litigiosos. No âmbito dos processos especiais, os conservadores poderão ter intervenção nos seguintes actos: expurgação de hipotecas e extinção de privilégios; divisão de coisa comum; e liquidação judicial de sociedades.

Nos processos de jurisdição voluntária, os conservadores poderão aprofundar as suas competências em matéria familiar, para além do divórcio por mútuo consentimento, destacando-se as seguintes: alimentos de filhos maiores ou emancipados; atribuição de casa de morada de família; autorização ou privação de direito ao uso de apelidos do outro cônjuge; conversão de separação em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; e separação ou divórcio por mútuo consentimento (alargando-se a possibilidade mesmo em caso de haver regulação do poder paternal). A estas competências, juntam-se ainda as seguintes: redução do capital social; oposição à fusão e cisão de sociedades e ao contrato de subordinação; regularização de sociedades unipessoais; liquidação de participações sociais; e investidura em cargos sociais[266]. Incluem-se ainda nas competências dos conservadores alguns aspectos referentes ao

[266] As novas atribuições previstas para os conservadores, e relacionadas com alimentos, casa de família, apelidos e conversão da separação judicial em divórcio, são, segundo o parecer da Ordem dos Advogados, situações de potencial litígio quando instigados por apenas um dos interessados. Nestes casos, o processo deve ir directamente para tribunal. Aceitam apenas a intervenção do conservador

processo comum, tais como: redução de hipoteca; rectificação do registo; acção de justificação judicial; e suprimento, rectificação e reconstituição do registo. Também nalgumas situações pode haver o recurso para os Julgados de Paz ou para os tribunais judiciais, em caso de oposição das partes.

Os dois diplomas, em termos concretos, vieram aumentar as competências dos conservadores em vários âmbitos. No Decreto-Lei n.º 272/2001 as competências incidem, na sua maioria, sobre questões de jurisdição voluntária relativas a relações familiares, designadamente as que se referiram atrás. O Decreto-Lei n.º 273/2001 incide, essencialmente, sobre o processo de justificação judicial (civil, predial, comercial e, por remissão, o automóvel), ou seja, a maioria das situações de suprimento de omissão de registo não oportunamente lavrado, os casos de declaração de nulidade ou inexistência de registo e os casos de óbito não comprovado por certificado médico ou auto de verificação.

4.2.2.2. O parecer da Associação Sindical de Conservadores dos Registos

Os conservadores dos registos iniciam o seu parecer, à proposta inicial do Ministério da Justiça, fazendo alusões à frágil situação em que se encontram actualmente, e que foi já diversas vezes comunicada ao Ministério da Justiça. Remetem inclusive para o estudo realizado pela Andersen Consulting e que analisa pormenorizadamente o funcionamento das conservatórias portuguesas. Assim sendo, consideram que perante um desequilíbrio entre capacidade de resposta e volume de trabalho, que tem originado situações de atraso em algumas conservatórias, a atribuição de novas competências, tradicionalmente alheias à profissão, "representa um maior peso a ser suportado". Acresce ainda que, o facto de serem civilmente responsáveis, ao contrário dos magistrados, implica, com a atribuição de novas competências, a alteração do Estatuto do Conservador.

Os conservadores demonstram ainda alguma preocupação pelo facto de estar a ocorrer neste momento a informatização das conservatórias, situação que provoca

quando estas situações forem consensuais, devendo estes profissionais, neste caso, aceitar os acordos e aceitá-los "em depósito, para efeitos de fé pública e eficácia perante os próprios e terceiros".

sempre grandes perturbações nos serviços, pelo que o acréscimo de competências deverá ter em consideração, não só este processo, mas igualmente a necessária preparação dos oficiais, de modo a evitar que todas as tarefas tenham que ser realizadas pelos conservadores. Assim, e para atenuar as previsíveis complicações, alertam para a necessidade de haver um redimensionamento e preenchimento dos quadros, bem como a possibilidade de poderem delegar competências nos adjuntos ou ajudantes. Ou seja, consideram haver uma carência de meios técnicos e humanos e ser necessário proceder a uma alteração do seu Estatuto.

Após estes considerandos, os conservadores demonstram, contudo, uma vontade em colaborar, desde que os problemas enunciados possam ser resolvidos ou atenuados. Avançam assim com uma proposta de faseamento das medidas a transferir para os conservadores, bem como um sistema de emolumentos que deverá acompanhar este processo. No fim, e atendendo à sua especial onerabilidade para as conservatórias, propõem que se adie a passagem para a sua competência de um conjunto de actos/processos.

Entre os actos/processos que os conservadores aceitam começar a realizar numa primeira fase estão os relativos a: redução do capital social, oposição à fusão e cisão de sociedades e ao contrato de subordinação, regularização de sociedades unipessoais, investidura em cargos sociais, redução de hipoteca, atribuição de casa de morada de família, privação do direito de uso dos apelidos do ex-cônjuge, conversão de separação em divórcio, conversão de separação em divórcio em caso de adultério, reconciliação dos cônjuges separados, separação ou divórcio por mútuo consentimento e dispensa de prazo internupcial.

Os actos/processos que não deviam ser, por ora, acometidos às conservatórias respeitam as seguintes áreas: expurgação de hipotecas e da extinção de privilégios, divisão da coisa comum e regulação de avarias marítimas, liquidação de património (liquidação judicial de sociedades), acção de justificação judicial e reforço e substituição das garantias especiais de obrigações.

Por fim, propõem um sistema remuneratório para os conservadores e respectivos oficiais (4/5 para o conservador e 1/5 para o oficial nomeado secretário ao processo), pois só assim consideram que se respeitará o seu "especial sistema remuneratório e

estimular-se-á a rápida execução dos actos/processos os quais, como sabemos, só poderão ser executados fora das horas legais de trabalho".

5. Entre os advogados e os notários: um conjunto diferenciado de profissões jurídicas auxiliares ou paralegais

As transformações profissionais apresentadas, nos primeiros pontos, serão melhor compreendidas com o recurso a casos de profissões jurídicas auxiliares, existentes em vários países, umas novas, outras com diferentes competências, capazes de ilustrar esta mudança de paradigma na justiça e nas profissões jurídicas. Só para termos uma ideia da complexidade, basta enunciar os actores profissionais do Direito em França, à excepção das profissões jurídicas tradicionais (magistrados, advogados e notários): assistentes de justiça, administradores judiciários, gestores judiciários, comissários de contas (*comissaires aux comptes*), agentes de leilões (*comissaires-priseurs*), conselheiros de propriedade industrial, peritos judiciários, funcionários judiciais e prisionais, *huissiers de justice*, juristas comerciais (*juristes d'entreprise*), mandatários judiciais, mediadores civis e penais e conciliadores (Varaut, 1998; Ministério da Justiça francês, 2001).

Algumas das questões que se colocam nos nossos dias passam pela representatividade das profissões, a interconfidencialidade, a interprofissionalidade, a formação comum, a internacionalização das profissões, o impacto das novas tecnologias ou a mediação judiciária. A escolha das profissões, no seguimento da reflexão anterior, foi realizada com o intuito de ilustrar algumas das questões levantadas e algumas das problemáticas abordadas, procurando exemplificar um conjunto de características diversificadas existentes em profissões jurídicas auxiliares. Seleccionámos, a título de exemplo, os *Procuradores* em Espanha, os *Huissiers de Justice*, *Conciliateurs de Justice* e *Médiateurs de Justice* em França e os *Legal Executives* na Grã-Bretanha. Esta escolha teve como critérios: a inexistência de profissões estruturalmente equivalentes em Portugal; a diversidade de funções; a sua integração numa perspectiva de diversificação dos mecanismos de resolução de litígios; e a possibilidade de executarem tarefas complementares às competências exercidas pelas profissões jurídicas

tradicionais, inclusive num modelo mais aprofundado de reforço do processo de desjudicialização. A profissão em Portugal que mais se aproxima aos *Legal Executives*, *Procuradores* e *Huissiers de Justice* são os Solicitadores, os quais se encontram actualmente num processo de transformação com a possibilidade de serem criados os Solicitadores de Execução, a partir dos profissionais já existentes. Deste modo, descrevemos a profissão, realçando as transformações previstas e sentidos, os principais problemas, bem como a posição dos próprios profissionais.

5.1. As experiências estrangeiras

A apresentação das profissões jurídicas auxiliares ou paralegais procurou seguir uma linha de reflexão que privilegia, em primeiro lugar, as profissões com formação de base em Direito e com funções judiciais consolidadas e, em segundo lugar, as profissões que pressupõem uma alteração do sistema judicial com a introdução de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, recorrendo aos exemplos dos *médiateurs de justice* e *conciliateurs de justice* franceses.

5.1.1. *Huissiers de Justice* em França

Ao analisar o mapa das profissões jurídicas francesas verificamos que a intervenção do *huissier de justice* não possui equivalência nos actores judiciários existentes no nosso sistema jurídico[267]. De facto, ele é um dos principais protagonistas no desenrolar do processo executivo em França, bem como no Canadá, e mais recentemente na Roménia, Polónia, Estónia, Lituânia e Hungria[268], desempenhando igualmente funções de conselheiro e mediador. Nalguns países são considerados como

[267] A Proposta de Lei n.º 100/VIII propõe a criação dos solicitadores de execução, seguindo o modelo dos *huissiers de justice*, mas sem pretender criar uma nova profissão, visto que recorre à modalidade de solicitadores especializados.

[268] Cf. intervenção de Bernard Menut, Presidente da *Chambre Nationale des Huissiers de Justice* de França na conferência "Reforma da acção executiva" realizada, em Lisboa, a 2 e 3 de Fevereiro de 2001.

funcionários públicos, como é o caso da Itália, Alemanha[269] ou alguns países nórdicos, enquanto noutros são profissionais liberais e independentes, ainda que fiscalizados pelo Estado, como é o caso, por exemplo, da França, da Bélgica ou da Holanda[270].

É de salientar que, neste momento, apenas funcionam eficientemente os serviços de execução das decisões judiciais nos países do norte da Europa, em grande parte graças a um bom equipamento de material informático e a disposições específicas que permitem fazer um uso bastante satisfatório dos ficheiros (de penhora, de propriedade, etc.). Contudo, parece que esta satisfação deve ser moderada tendo em conta o custo real desses serviços, quase sempre considerado bastante elevado.

Em diversos países estão, neste momento, a decorrer reflexões sobre a alteração estatutária dos oficiais de justiça, ponderando a transição do agente com a tarefa de execução das decisões judiciais do estatuto de funcionário para o estatuto de profissional liberal. Contudo, esta transferência estaria sujeita a uma fiscalização do Estado, seguindo o modelo francês, mas retirando-lhe a componente da patrimonialidade que detém naquele sistema judicial.

Actualmente, decorre na Alemanha e em Itália uma reflexão nesse sentido e realizam-se estudos e reformas nos três países bálticos (Letónia, Estónia e Lituânia), na Bulgária e na Roménia. Pelo contrário, os países do norte da Europa surgem, aparentemente, mais ligados ao sistema dos oficiais de justiça com o estatuto de funcionário do Estado. De um modo geral, a alteração do estatuto destes profissionais é motivada por diversas causas que se descortinam nas diferentes reflexões em curso ou nas razões das reformas em preparação.

---

[269] Na Alemanha, o *Gerichtsvollzieher* é um funcionário público, recrutado do aparelho judiciário, mas que possui qualificações especiais para o efeito. As suas funções incluem preparação de documentação, execução de sentenças e várias outras tarefas relacionados com leilões (Código Civil Alemão arts. 383º e 1235º). Neste país compete aos tribunais certos actos que noutros países estão a cargo dos agentes da execução. Por exemplo, os *Amtsgericht* tem competência exclusiva para executar dívidas que atinjam direitos de propriedade impenhoráveis, assim como bens imóveis (Kennett, 1997:337 e ss.).

[270] Em Inglaterra, as funções do agente dependem do local da execução ser o *High Court* ou o *County Court*. Apesar de no primeiro a execução ser da responsabilidade do *Sheriff* (autoridade policial que acumula funções judiciárias e administrativas), na prática é o sub-sheriff que assume no dia a dia a pratica dos actos de execução. Os *Sheriffs* são independentes dos serviços judiciais e remunerados de acordo com os lucros provenientes das medidas executórias. Pelo contrário, o agente do *County Court* é um funcionário do tribunal. É o juiz que é responsável pelos seus actos, podendo a função dos funcionários incluir a escolta de arguidos à prisão (Kennett, 1997: 336 e ss.).

Segundo a Câmara de *Huissiers de Justice* francesa, o seu estatuto profissional demonstra (CECJ, 2000):

1) A vontade do Estado diminuir os custos da justiça, delegando competências em profissionais independentes;

2) A vontade de tornar a execução das sentenças mais eficaz, visto que os *huissiers de justice* estão directamente interessados no cumprimento da decisão judicial;

3) A responsabilização dos *huissiers de Justice* de modo a tornar a execução de sentenças segura e célere.

As suas competências exercem-se, principalmente, no âmbito do processo executivo, embora não se esgotem aí. Segundo o *site* oficial dos *huissiers de justice*, as suas competências abrangem as seguintes áreas:

a) *Conselheiro* – na resolução de conflitos entre proprietários e locatários; no auxílio ao desenvolvimento dos procedimentos ligados aos divórcios e separações; ou na fiscalização dos direitos dos menores quando houver decisão judicial.

b) *Mediador* – na procura de um acordo entre as partes (ouvindo, propondo e tentando evitar procedimentos mais onerosos).

c) *Conciliador* – evitando o recurso ao tribunal.

Os *huissiers de justice* consideram-se profissionais liberais responsáveis, estando sujeitos ao segredo profissional. São nomeados e fiscalizados pelo Ministério da Justiça[271] e tem um número e zona geográfica de acção previamente estipulados. A sua formação é idêntica à dos restantes juristas, diferenciando-se na formação especializada que adquirem para aceder à profissão em direito executivo. Os actos praticados estão regulamentos e sujeitos a uma tarifa fixa. Em função dos montantes que conseguiu recuperar, o *huissier* recebe igualmente um montante proporcional

[271] Em França, o Ministério da Justiça certifica publicamente algumas profissões auxiliares de justiça. Estas profissões de certificação pública são os *huissiers de justice*, os *commissaires priseurs*, os notários e os *avoués* (cf. http: //www.huissier-justice.fr/profission/prof_htm).

regressivo. O pagamento é assegurado pela parte que perde o processo quando é condenada, ou pelo credor. Assim, a sua actuação é gratuita para o Estado.

Os seus actos estão cobertos por um seguro obrigatório, como forma de protecção dos clientes, para além de serem responsáveis civil e financeiramente pelos seus actos. O Estado controla a sua actividade como forma de evitar execuções não conformes aos chamados direitos do devedor.

Em França externalizou-se a execução das decisões de justiça, mas criou-se a figura de um magistrado especializado nas questões levantadas por execuções. A actividade do *huissier de justice* compreende três vertentes, sendo a primeira a actividade judiciária, a segunda de informação e a terceira de execução da decisão do juiz[272], em matéria cível e comercial.

O Procurador da República é a entidade encarregue de controlar os *huissiers de justice*. Deste modo, é considerado um *oficial ministerial*, ocupando um lugar dentro da organização judiciária francesa. Sendo um *oficial ministerial*, a lei confere-lhe o monopólio de certos actos, designadamente na execução das sentenças dos tribunais. Para além das competências na execução das sentenças, os *huissiers de justice* desempenham as seguintes tarefas:

a) *Recuperação de créditos* – através do estabelecimento de um novo acordo de pagamento das dívidas, aceite pelo credor e pelo devedor ou, em caso de incumprimento, de efectuar uma penhora dos bens do devedor.

b) *Obtenção do constat* (auto de obtenção de prova) – consiste na elaboração de um auto, um processo verbal, a pedido do interessado, de modo a que a prova do dano seja estabelecida de forma incontestável, quer este já exista ou seja apenas previsível.

[272]De acordo com os dados apresentados por Bernard Menut na Conferência "Reforma da acção executiva" realizada em Fevereiro de 2001, em Lisboa, cerca de 5% das penhoras dão lugar a uma acção perante o juiz de execução, desenrolando-se em 95% dos casos sem incidentes. Assim, não há estrangulamento no sistema de execuções, podendo o juiz de execução dedicar-se com mais cuidado e rapidez aos assuntos que lhe chegam.

c) *Administração da justiça* – executando as decisões judiciais (com a excepção das penas de prisão) e convocando os cidadãos para as audiências (notificações dos actos judiciais).

No ano 2000 existiam, em toda a França, 2084 escritórios. O número de *huissiers de justice* era de 3228, sendo 564 do género feminino. A média de idades era de 42 anos. Nos escritórios dos *huissiers de justice* trabalhavam cerca de 13.000 empregados. Afirmam dar cerca de 5 milhões de consultas jurídicas por ano, dentro das suas competências legais, e contribuíram para a recuperação de cerca de 43 mil milhões de francos por ano relativos a dívidas.

Os *huissiers* respondem à necessidade de dar significado aos actos, assegurar a comparência das partes em tribunal e nas audiências, de executar decisões judiciais, entre outras tarefas, sendo os sucessores dos *sergents* e dos *huissiers* do antigo regime. A profissão é, assim, indissociável dos tribunais e do funcionamento da justiça. É, ao mesmo tempo, um profissional liberal e um oficial público, podendo exercer funções de assessoria junto de outras profissões jurídicas e instituições, estando interditas actividades comerciais como agente imobiliário, agente de negócios, vendedor de automóveis, etc. (Varaut, 1998: 160). O acesso à profissão, desde 1996, exige uma licenciatura em Direito, tal como para notário ou outra profissão jurídica, seguindo-se um estágio durante dois anos e terminando com um exame nacional.

Os organismos profissionais estão estruturados hierarquicamente. No topo, está a *Chambre Nationale des Huissiers*, seguida pelas *Chambres Départamentales* e pelas *Chambres Régionales*. Como profissionais, não podem constituir sindicatos, estando essas competências entregues às *Chambres*.

A melhor compreensão desta profissão, exige que descrevamos o funcionamento de uma das principais actividades dos *huissiers de justice*: a execução das sentenças judiciais. Após a entrega de um título executivo ao *huissier de justice*, é a partir do seu escritório que se efectuam todas as notificações. Assim, o formalismo processual centra-se, até ao fim do processo, na pessoa do *huissier de justice*. Desde logo, os *huissiers de justice*, através de um instrumento que se denomina *constat*, desenvolveram uma actividade que lhes permite ser agente de prova. O *constat* pode ser feito a pedido dos particulares ou de uma empresa.

A autonomia do *huissier de justice* compreende também a possibilidade de poder vir a efectuar petições ao juiz no sentido de obter as respectivas autorizações do Tribunal que legitimem os seus actos[273]. Nos termos legais, o *huissier de justice* informa as partes interessadas das dificuldades encontradas, bem como do local, dia e hora da audiência na qual essa dificuldade será examinada. Estas informações são prestadas oralmente e consignadas também em processo verbal.

Outra prerrogativa que o *huissier de justice* detém é, quando não conseguir solucionar as dificuldades existentes, o recurso à força pública de modo a transpor os obstáculos que se lhe deparem. Esta situação deixa transparecer uma colaboração entre esta figura e as autoridades policiais, o que revela o reconhecimento da sua importância no sistema jurídico. O documento de requisição das forças policiais contém uma cópia do título executivo e é acompanhada de uma exposição das diligências efectuadas pelo *huissier de justice* e pelas dificuldades na sua execução. A recusa de colaboração da autoridade competente deve ser motivada, equivalendo-lhe a falta de resposta no prazo de dois meses. A recusa é comunicada pelo *huissier de justice* ao Procurador da República e ao credor.

A obtenção de informações, exige igualmente uma colaboração entre os organismos públicos e o *huissier de justice*, desencadeando este a actuação do Procurador da República a fim de promover as diligências necessárias[274].

A actividade do *huissier de justice* compreende igualmente a promoção das diversas formas de penhora. Prevê-se, assim, a possibilidade do *huissier de justice*, face a um título executivo que contenha um crédito líquido e exigível, proceder à penhora de créditos que o devedor detenha face a terceiro. É também o *huissier de justice* o

[273] Em todos os casos, para executar a operação de que está encarregado, o *huissier de justice* deve obter autorização do juiz, estando habilitado a colmatá-la por via de petição. Logo que o *huissier de justice* encarregado da execução de uma sentença ou outro título executivo se depare com uma dificuldade que entrave o curso das suas operações pode, por sua iniciativa, efectuar uma petição ao juiz de execução. A petição ao juiz é efectuada por declaração escrita do *huissier de justice* ao escrivão, acompanhada de uma sentença ou outro título executivo e de uma exposição escrita da dificuldade que atrasou a execução, bem como das peças que lhe hajam sido comunicadas.

[274] O Procurador da República pode não dar seguimento à petição e, face ao apresentado nesta, indicar ao *huissier de justice* que proceda a buscas complementares e informações materiais que lhe pareçam necessárias. Findas estas, se se revelar necessário, pode ser efectuada nova petição.

impulsionador do processo das comunicações (notificações) com as partes e organismos públicos.

Os eventuais pagamentos de créditos por terceiro também se efectuam na pessoa do *huissier de justice*, que emite um documento de quitação, liberando o devedor desta obrigação[275]. No caso da penhora de contas bancárias, o *huissier de justice* intervém em todo o processo como impulsionador, quer efectuando as respectivas comunicações ao devedor e outros titulares, quer exarando a própria ordem de penhora. Caso o *huissier de justice* não consiga proceder à penhora, pode fotografar os objectos com vista a uma posterior verificação. Aqui, o seu poder e legitimidade para recolher provas é único, dado que num posterior processo judicial só elas possuem valor probatório. Se não existem bens penhoráveis, ou com valor comercial, o *huissier de justice* elabora um processo verbal de carência, estando-lhe confiada a verificação da existência, ou não, das condições necessárias ao prosseguimento deste processo. Os poderes do *huissier de justice* mantém-se quando há lugar à penhora de bens de terceiro[276].

O papel de intermediário entre o devedor e o credor, nas operações de venda amigável, cabe ao *huissier de justice*. Com efeito, o devedor informa o *huissier de justice* das propostas recebidas, facultando a identificação do credor, bem como o preço oferecido e o prazo em que este se oferece para o consignar. O *huissier de justice* comunica o facto por escrito ao credor, bem como aos eventuais credores que existam e se tenham juntado ao processo. Efectivando-se a venda, é também na pessoa do *huissier de justice* que o preço é consignado para posterior pagamento do credor e eventuais encargos.

As operações de apreensão são também realizadas pelo *huissier de justice*. Quando é necessário proceder à apreensão de um bem do devedor, para posterior venda forçada, o *huissier de justice*, mediante a simples apresentação de um título executivo, efectiva todas as operações deste acto.

---

[275]O terceiro demandado procede ao pagamento mediante a apresentação de um certificado do *conservador*, ou do *huissier de justice* que procedeu à demanda, atestando que o devedor principal não contestou que o pagamento fosse efectuado pelo terceiro.

[276]O terceiro pode, a todo o tempo, recusar-se a guardar os bens. Nesse caso, o *huissier de justice* nomeia um guardião e efectua a transferência dos bens para a tutela deste. Se o terceiro detém um direito de retenção sobre o bem, deve comunicá-lo ao *huissier de justice*, podendo o credor contestar no prazo de um mês. Até ao fim da instância o bem mantém-se indisponível.

Um outro meio de penhora que o sistema judicial francês possui é, como já referimos, o de efectivar penhoras sobre veículos através da imobilização dos mesmos, sob a direcção do *huissier de justice*. Este dispõe de poderes que em sistemas idênticos ao nosso apenas cabem às autoridades policiais. É o caso da possibilidade de proceder à remoção do veículo e ao seu posterior depósito[277]. Se o devedor após a notificação não pagar o montante em dívida, o *huissier de justice* pode diligenciar no sentido da venda do mesmo.

A as operações de penhora de direitos do sócio e de valores mobiliários é coordenada pelo *huissier de justice*, podendo mesmo emitir uma ordem legal para os sócios lhe prestarem as informações necessárias.

A actuação do *huissier de justice*, na venda dos bens penhorados, é igualmente preponderante. No caso da venda forçada dos bens, o *huissier de justice* apresenta um documento em que atesta não ter sido apresentada nenhuma contestação no mês subsequente à penhora, ou no caso contrário, ter sido rejeitada em julgamento. É ele que exara os documentos necessários ao processo e que titula na sua pessoa os procedimentos a realizar, comunicando as operações aos outros credores para que estes façam valer os seus direitos. Nas medidas necessárias para tornar devoluto o local penhorado, o processo é semelhante ao anterior, sendo o *huissier de justice* que exara o acto que legitima a acção de evacuação. Verifica-se, mais uma vez, a sua actuação conjunta com outras entidades, dado existir, como forma de possibilitar eventuais realojamentos, uma comunicação destes actos ao Presidente da Câmara, para este levar a cabo as necessárias operações. Para além disso, é o *huissier de justice* que efectua os relatórios em que preliminarmente se baseia a actuação autárquica[278].

---

[277] O *huissier de justice* procede à elaboração de um documento em que indica o título executivo em virtude do qual o veículo foi imobilizado, a data e hora da imobilização, o local onde foi imobilizado ou aquele para onde foi transportado e depositado, a descrição do veículo, a indicação ou ausência do devedor. A imobilização considera-se penhora sob a guarda do proprietário do veículo, ou daquele que o recebeu em depósito. No caso da imobilização decorrer na ausência do devedor, o *huissier de justice* informa-o, no próprio dia, por carta registada com aviso de recepção.

[278] O *huissier de justice*, de acordo com a lei, envia ao Presidente da Câmara do local onde se situa o imóvel, por carta registada com aviso de recepção, cópia da ordem para desocupar o local. Na medida do possível, indica todos os elementos relativos à pessoa a expulsar e àqueles que com ele vivem habitualmente.

O *huissier de justice* é o principal impulsionador na aplicação de medidas conservatórias, tendentes a assegurar a existência dos bens garantes do crédito. Assim, se os bens já não se encontrarem no local onde tenham sido penhorados, o *huissier de justice* ordena ao devedor para que, no prazo de oito dias, informe o local onde se encontram e, caso tenham sido objecto de uma penhora ou venda, identificar o *huissier de justice* que mediou esse processo, bem como do credor em nome de quem este agiu. O *huissier de justice* é ainda o responsável pela notificação dos credores, caso os bens objecto de uma penhora/garantia sejam posteriormente objecto de uma penhora/venda.

Da análise efectuada, concluímos que no centro de todo o processo executivo está o *huissier de justice*, que, para além da tutela da legalidade, concentra em si o efectivar dos actos necessários à execução dos créditos e seu pagamento. Contudo, as suas competências são mais alargadas, funcionando como uma profissão auxiliar do sistema judicial. As suas funções podem ainda ser aumentadas, estando a qualidade e a prática profissional assegurada pela fiscalização estatal da profissão. Mesmo o ingresso e o número de profissionais são controlados pelo Estado, de modo a evitar que o excesso de oferta provoque um disfuncionamento das suas práticas.

5.1.2. *Legal Executives* na Grã-Bretanha

A profissão de *legal executive* deve ser compreendida tendo por base a noção do funcionamento do sistema jurídico inglês, não podendo ser transposta, em termos comparativos, para os sistemas jurídicos continentais. As razões de escolha desta profissão inserem-se numa estratégia de discussão sobre que profissões jurídicas temos, quais as suas características e que futuro podemos prever para as actuais profissões ou outras que se venha a considerar necessário criar, com o objectivo de melhorar o funcionamento do sistema judicial, a sua eficiência e a igualdade de acesso ao Direito e à justiça.

Os *legal executives* são, segundo o *Institut of Legal Executives* (ILEX), juristas qualificados com, pelo menos, cinco anos de experiência profissional supervisionada por um *solicitor* na prática jurídica ou de desempenho profissional no departamento jurídico de uma empresa ou de um departamento estatal. Para ingressarem na profissão

necessitam de realizar exames de admissão na área da prática jurídica, à imagem do que sucede para os *solicitors*. Posteriormente, frequentam um curso com a duração de um ano, sendo então admitidos pelo ILEX.

Os *legal executives* especializam-se em determinadas áreas, sendo a sua actividade similar à dos *solicitors*, embora com menos e diferentes competências. Com frequência surgem pedidos de juristas nos meios de comunicação indicando a preferência por *legal executives* ou *assistant solicitors*. As suas funções variam consoante a área que escolheram para se especializarem. Assim, os *legal executives* lidam com questões jurídicas tão diversas como transferências de propriedades, elaboração de testamentos provisórios, redacção de documentos para a formação de empresas, aconselhamento de cônjuges com problemas matrimoniais e de cidadãos acusados de crimes graves ou participando em acções no *High Court* ou nos *County Courts*, entre outras (Institut of Legal Executive, 2001).

Estes profissionais desempenham a sua função como trabalhadores dependentes, contribuindo, enquanto empregados de empresas privadas, para os rendimentos das firmas, através da cobrança directa aos clientes dos serviços prestados. O facto de exercerem a profissão de uma forma dependente e de personificarem uma certa versatilidade de funções permite distinguir os *legal executives* de outras profissões jurídicas mais rotineiras.

O acesso à profissão de *legal executive*, segundo o ILEX, é aberto à profissão de estudantes de Direito, recém-licenciados, profissionais de apoio jurídico, mulheres que regressam à vida activa depois do parto e profissionais que desejem mudar de profissão, ou seja, o recrutamento e a formação de *legal executives* está aberta a praticamente todos os profissionais. Os auditores para *legal executives* são, na sua maioria, profissionais com experiência em empresas jurídicas ou em departamentos jurídicos estatais, nomeadamente, e segundo a evolução registada nas últimas décadas, secretários jurídicos, funcionários administrativos, escriturários, entre outros. A formação administrada pelo ILEX pode ser adquirida de várias formas: desde as aulas nocturnas, a partir de casa ou a tempo inteiro. Para um curso tirado em *part-time* durante quatro anos, o custo fixa-se em cerca de 2000 libras inglesas (para pagar propinas e exames). Consoante a experiência, as habilitações literárias e o tipo de formação que desejam

frequentar, os auditores podem atingir diferentes níveis de graduação como *legal executive*.

Na definição do ILEX, os *legal executives* são juristas de grande valor e com possibilidades de auferir um bom salário, dependendo este último factor do local de trabalho, da natureza do trabalho e da capacidade de iniciativa de cada profissional. Os associados do ILEX, em determinadas ocasiões, podem ainda desempenhar funções de *Commissioners of Oaths* (algo como Comissário de Juramento), nomeadamente na obtenção de declarações e de depoimentos escritos sob juramento.

De realçar que os *legal executives* não são *solicitors*, embora também possam ter essa qualificação[279]. Os *legal executives* são empregados de empresas e não podem ser sócios em empresas de *solicitors*. Enquanto para se ser *solicitor* é necessário frequentar um curso durante, pelo menos, quatro anos, os *legal executives*, além de poderem iniciar a profissão enquanto estudantes, combinam frequentemente a prática diária com a formação académica, ou como se refere no *site* do ILEX "to earn while they learn". No entanto, pode aceder-se à profissão de *solicitor* através do exercício da profissão de *legal executive*, entrando directamente para as fases finais da formação (normalmente, saltando os dois primeiros anos). As fases que necessitam de ultrapassar são diversificadas, dependendo da experiência e formação anterior, e de durabilidade variada consoante se realizam a tempo inteiro ou a tempo parcial.

Os *legal executives* podem ainda adquirir a qualificação de *legal accounts executive*, necessitando de experiência profissional num escritório de *solicitors* ao nível de contabilidade e gestão. Deste modo, adquirem uma dupla qualificação podendo exercer ambas as funções.

O *Institut of Legal Executives* é a entidade encarregada de representar profissionalmente e assegurar a formação dos *legal executives*. "Como juristas experientes e especializados num ramo do Direito, os *legal executives* possuem o seu próprio estatuto e papel reconhecido dentro das profissões jurídicas, gozando de uma carreira responsável e recompensadora. Esta entidade reguladora da classe representa

[279] No seu *site*, o ILEX refere-se aos *legal executives* como *paralegal professionals*.

cerca de 22.000 profissionais[280] (em 1999), entre *legal executives* e auditores de *legal executives*. A sua criação data de 1963, tendo recebido o apoio da *Law Society*. A sua formação deveu-se à evolução que se procedeu a partir da *Managing Clerks' Association*, visto ter-se considerado que a sua profissionalização é fundamental para a melhoria do conhecimento, desempenho e revalorização profissional.

A reflexão em torno do futuro desta profissão está a decorrer actualmente no seio do ILEX, tal como sucede com outras profissões, face aos recentes desenvolvimentos. Esta reflexão procura conferir aos *legal executives* uma nova imagem, mais competente e baseada numa formação sólida e versátil, procurando assim uma revalorização da profissão com base na prestação de um serviço público de qualidade.

O ILEX lidera um conjunto de empresas que possibilitam a concretização dos seus objectivos, designadamente: o ILEX Tutorial College Limited, que proporciona a formação à distância a candidatos e a membros do ILEX, bem como a profissionais de outras áreas, proporcionando um acréscimo de meios financeiros; o ILEX (Paralegal Training) Limited, que proporciona formação jurídica a não juristas (profissionais de áreas comerciais e industriais, por exemplo) e a estudantes/aspirantes a *legal executives*; e o ILEX Publishing and Advertising Services Limited, que publica o jornal dos *legal executives* e divulga as várias empresas a operar nestes domínios, contribuindo para a melhoria da imagem profissional.

A profissão de *legal executive* encontra-se igualmente em transformação. Para demonstrar esta afirmação, podemos realçar alguns dos passos dados nos últimos anos. Em 1995, os membros do ILEX passaram a poder exercer funções de *Commissioners for Oaths*. Em 1998, segundo o *Courts & Legal Services Act*, os *legal executives* qualificados adquirem determinadas competências de advocacia. Prevê-se que, num futuro próximo, estes profissionais possam ter competências na condução de litigação, numa perspectiva de melhoria global dos serviços legais.

[280] Segundo o ILEX, dentro dos 22.000 membros, 6.000 são juristas qualificados e os restantes 16.000 encontram-se a frequentar uma das várias fases de formação que tem de percorrer até atingir o grau mais elevado. De realçar que este percurso pode ser efectuado a tempo parcial, enquanto se desempenha a profissão.

No entendimento do ILEX, as crescentes exigências da competição, nacional e internacional, e a insatisfação governamental em relação à qualidade e custos dos serviços jurídicos vai implicar uma reformulação das grandes empresas, devendo estas preocuparem-se com a qualidade dos seus serviços e de quem os executa. Neste sentido, as entidades governamentais nacionais e locais necessitam de requalificar-se a vários níveis, incluindo o jurídico, facto que vai ter impacto profissional sob os *legal executives*.

Entre as mudanças que preconizam, realça-se a influencia da crescente procura de profissionais especializados, facto que tem levado o governo inglês a privilegiar o reforço da competitividade e a redução de restrições ao exercício de serviços jurídicos. Deste modo, tem vindo a conceder a *barristers* e a *legal executives* algumas competências que eram atribuídas exclusivamente aos *solicitors*. O mesmo sucede em relação aos *barristers*, alargando-se algumas das competências que exercem aos *legal executives* e aos *solicitors*. O próprio Lord Chancellor[281] tem vindo a promover o cruzamento de competências entre estas três profissões, estando prevista o aprofundamento desta estratégia[282].

A questão estatutária que regula a profissão encontra-se igualmente em discussão. Neste sentido, e no âmbito das reformas das leis de acesso à justiça, o governo inglês criou dois órgãos (*Legal Services Ombudsman* e *Legal Services Complaint Commissioner*) com competências para monitorizar e regular as várias profissões jurídicas. Assim, a redefinição dos *legal executives* ocorre por duas vias: as exigências dos empregadores ao nível das competências desempenhadas e o processo de revalorização profissional a que aspiram. Neste último aspecto, realça-se a estratégia de

[281] O *Lord Chancellor Department* é a entidade competente, na Inglaterra e no País de Gales, de fazer a gestão dos tribunais, nomear os operadores da justiça, administrar o apoio legal e coordenar vários programas ao nível das reformas judiciais, legislativas e de investigação sócio-jurídica (www.open.gov.uk/lcd/).

[282] O *Lord Chancellor Department* publicou recentemente o *Blackwell Report* (2000) sobre os *claim assessors* que são profissionais não juristas e liberais que podem actuar no campo dos acidentes, através do pedido de indemnizações para as vítimas. Segundo este relatório, existem anualmente cerca de 11,2 milhões de acidentes, dos quais mais de 2 milhões das vítimas alegam que a culpa é de outrem. Actualmente, apenas cerca de 350 mil apresentam pedidos de indemnização, existindo assim um mercado potencial de 1,7 milhões de potenciais pedidos. Deste modo, os *claim assessors* podiam exercer a sua função no pressuposto de que apenas seriam remunerados caso ganhassem a acção. Esta área tem um

passagem por *legal executive* até chegar a *solicitor* (caso a profissão de *legal executive* não seja recompensadora por si só) e a formação ao longo da vida, áreas onde o ILEX pretende apostar como meio de actualização e de afirmação institucional. É assim compreensível a atribuição aos *legal executives* de competências ao nível das audiências e do andamento do processo de litigação.

O ILEX considera que perante as transformações económicas e sociais, os serviços jurídicos prestados pelos *legal executives* são, cada vez mais, exigentes e complexos. Entre os vários factores que influenciam estas transformações, destacam no seu *site* as seguintes: alterações das expectativas dos clientes, aumento das exigências de qualidade dos serviços, mudanças nas estruturas profissionais das empresas, reformulações nas políticas educacionais com implicações ao nível dos conteúdos de formação e aquisição de qualificações profissionais e aumento da competição dentro das várias profissões jurídicas quer no âmbito da formação quer no exercício profissional.

Face a estas transformações, os *legal executives*, através do ILEX, delinearam uma estratégia de profissionalização que aborda os seguintes aspectos, propondo para cada uma das linhas de orientação, uma série de medidas programáticas a implementar:

a) Manutenção das suas qualificações profissionais ao nível das necessidades exigidas pelos potenciais empregadores e clientes;

b) Desenvolvimento do ILEX de acordo com os seus objectivos iniciais e o seu papel nos escritórios ou departamentos jurídicos;

c) Aumento e melhoria dos serviços prestados pelo ILEX aos seus membros e à sociedade em geral;

d) Desenvolvimento dos mecanismos que assegurem a manutenção dos *legal executives* como um corpo profissional eficiente e respeitável.

A profissão de *legal executive* permite uma maior profissionalização, em termos de competências jurídicas, quer dos escritórios de empresas jurídicas ou não jurídicas, quer de serviços públicos, tendo em consideração a crescente juridificação das relações sociais e económicas e a importância que o conhecimento da linguagem adquire.

potencial de empregos muito grande, forçando as companhias de seguros e os empregadores, além dos condutores e afins, a redobrarem os esforços para evitar acidentes.

Justifica-se e impõe-se assim que os profissionais de apoio a outras profissões jurídicas mais consolidadas (advogados ou solicitadores, por exemplo) detenham bons conhecimentos ao nível jurídico, podendo inclusive funcionar como mecanismo de acesso a outras profissões, desde que devidamente complementado com formas de avaliação e formação adequadas.

5.1.3. *Procuradores de los Tribunales* em Espanha

Os *procuradores* espanhóis regem-se pelo Real Decreto 2046/1982, de 30 de Julho, que veio substituir a anterior lei que vigorava desde 1947[283]. A profissionalização dos *procuradores* inicia-se no século XIII, sendo a pessoa que, com a necessária habilitação legal, exerce junto dos tribunais a representação das partes em julgamento. Segundo a informação disponibilizada pelo *site* do Colégio de Procuradores de Saragoça, a representação deve ser entendida em sentido lato, compreendendo não só a representação física em determinados trâmites jurídicos, mas também a assistência técnica aos advogados na defesa dos interesses de um cliente comum, além da assistência e aconselhamento ao próprio cliente.

A origem da profissão pode ser encontrada no Direito Romano, com o surgimento do sistema de formulário e a evolução do sistema de aplicação da justiça, assumindo um conceito de representação processual, com características técnicas específicas. Em Espanha, o Direito Visigótico do século VII inclui já a figura do *procurador*, embora estabelecesse o recurso a este profissional como algo voluntário. O Livro de Aljoxani, durante o período de ocupação muçulmano, limita o acesso à profissão a pessoas de um estatuto social elevado, reforçando um pouco a filosofia que já vinha de trás. O primeiro período da Idade Média, com o predomínio dos julgamentos populares, torna desnecessária a profissão de *procurador*. Após o século XIII, com o estabelecimento de um ordenamento jurídico mais elaborado e técnico, surgem de novo referências ao papel a desempenhar pelo *procurador*, embora as competências previstas fossem relativamente ambíguas. Posteriormente, são publicadas novas leis que vêm

definir melhor as competências dos *personeros*, ou seja, vem introduzir o conceito de representação legal, distinguindo as suas funções processuais e extra-processuais.

É durante a Idade Média que a consciência profissional se começa a desenvolver. Um primeiro intento desta disposição materializa-se em 1279, com a elaboração do Livro dos Costumes, que constitui o primeiro código de carácter profissional. O primeiro colégio profissional, por sua vez, surge em 1396 em Saragoça. A primeira fase de profissionalização estava bastante interligada com a religião, e só muito lentamente o *procurador* conseguiu afastar-se da componente espiritual e adquirir características mais "terrenas". Neste processo, a legislação sobre a profissão foi aumentando a um ritmo bastante elevado, com especial destaque para as questões relacionadas com a responsabilidade e deontologia profissional. A partir dos séculos XVI e XVII aumenta o controlo sobre o acesso ilimitado à profissão, estabelecendo-se um sistema de *numerus clausus*. Devido à divisão da península ibérica por reinos, a profissão esteve sempre muito dispersa, variando de reino para reino. O primeiro estatuto unificador surgiu em 1782, permitindo a harmonização das competências e honorários no seu desempenho, contribuindo para a diminuição dos conflitos que então se verificavam nos tribunais.

A figura do *procurador* volta a ser redefinida durante o século XIX, embora a legislação produzida neste período fosse orientada para a extinção progressiva desta profissão. O Código Civil de 1855, ao estabelecer a universalização da intervenção do *procurador* em julgamento, salvo em casos excepcionais, com a intenção de, por um lado, conferir maiores garantias e condições de igualdade entre as partes e, por outro, facilitar a comunicação entre os litigantes e os juízes, veio dar um novo impulso à profissão. A Lei Orgânica do Poder Judicial de 1870 vem reforçar ainda mais a profissão de *procurador*, estabelecendo a obrigatoriedade de efectuar um depósito de uma caução, em determinadas situações, e eliminar os *numerus clausus*. Esta última medida vem reconhecer o carácter ilimitado da profissão, erradicando o sistema de nomeação governamental e facilitando a sua abertura à sociedade. No final

[283] A informação contida neste ponto foi, essencialmente retirado do site do *Colégio de Procuradores* de Saragoça. Os *procuradores* eram, em Outubro de 2001, mais de 9000, segundo uma informação disponibilizada pelo *Consejo General de Procuradores* espanhol..

deste século, institui-se o sistema de acesso à profissão mediante a realização de um estágio e de um exame.

O século XX traz aos *procuradores* muitas novidades, seja ao nível da organização profissional, das competências (incluindo as territoriais e jurisdicionais) ou das remunerações. As lutas associativas aumentaram, face à crise económico-social que atravessava Espanha, em prol de um aumento das tabelas remuneratórias e da reintrodução do *numerus clausus*, exigências que foram recusadas no pressuposto liberal de que deveria ser a relação entre oferta e procura a regular a profissão. Em 1920 o Estado aumentou o montante da caução a pagar para se aceder à profissão, limitando assim por via pecuniária o acesso a *procurador*. Apenas em 1934 foi reintroduzida a limitação do número de profissionais, por se reconhecer que o excesso provocava um funcionamento deficiente dos tribunais[284]. Passou então a haver um registro prévio de candidatos, exigindo-se a licenciatura em Direito como requisito essencial. Como se refere no *site* do Colégio de Saragoça, "a filosofia era, por demais, simples: com um menor volume de ingressos, menor o número de indivíduos para repartir as remunerações".

As movimentações associativas, embora um pouco dispersas no tempo e no espaço, nunca deixaram de fazer sentir-se e de, inclusive, conseguir concretizar algumas das suas reivindicações. No entanto, apenas em 1943 é criada a *Junta Nacional de los Ilustres Colégios de Procuradores de los Tribunales*, tendo por objectivo a representação nacional da profissão e a proposição de medidas ao Ministério da Justiça tendo em vista a melhoria das condições de exercício da profissão e de funcionamento do sistema. O resultado deste reforço organizativo não se fez esperar e culminou com a aprovação do primeiro verdadeiro Estatuto da profissão, em 1947, contendo todos os aspectos que envolvia a procuradoria. Dois aspectos se realçam com a nova lei: a eliminação novamente dos *numerus clausus*, por ser uma profissão liberal, mantendo-se a exigência da licenciatura em Direito, mas aumentando-se, em muito, o montante da

[284] Um ano antes foi abolida a interdição do exercício da profissão por mulheres que vigorou desde sempre, por força da aprovação da Constituição de 1931 que impunha o princípio da igualdade entre sexos.

caução necessária para ingresso na profissão[285]; a criação, no seio da Junta, de uma mutualidade de provisão, com inscrição obrigatória de todos os *procuradores*, e que hoje ainda se mantém.

O processo de democratização iniciado em Espanha, em 1976, teve igualmente influencia na organização da profissão. Desde logo, na denominação, passando a Junta a designar-se de *Consejo General de Procuradores de los Tribunales*. O novo estatuto foi aprovado apenas em 1982, ainda que as mudanças introduzidas tenham respeitado os grandes princípios nele inscritos em 1947, nomeadamente o acesso ilimitado à profissão e a obrigatoriedade de pagamento de uma caução. Uma das novidades passou a ser a exigência universal da licenciatura em Direito, independentemente do lugar em que o profissional vá exercer as suas funções. A outra, aprovada mais tarde, refere-se à actualização das tabelas de remunerações dos *procuradores*, que foram modificadas, quer devido à alteração da organização judicial (em especial, com a aprovação da Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985), quer pela necessidade de as adaptar às variações do índice de preços ao consumidor, a partir de 1991. O Código Civil de 1984 veio igualmente introduzir algumas modificações no exercício da profissão, especificando as funções e fases de intervenção dos *procuradores*. Estabelecem-se igualmente as excepções à necessidade de representação por parte do *procurador*, bem como o momento em que cessa a sua representação. O Código introduz ainda como regra geral a obrigatoriedade da representação em julgamento através do *procurador*, seguindo a filosofia iniciada nos códigos anteriores e reforçada no ano seguinte com a aprovação da Lei Orgânica do Poder Judicial. Esta última lei considera que os *procuradores* colaboram na administração da justiça e tem como função a representação. Na informação disponibilizada pelo *site* do colégio de Saragoça, "o termo «representação», aplicado no contexto desta Lei, adquire o seu máximo valor se recordarmos a dupla vertente de que se reveste a função de *procurador*: por um lado, relacionada com o cliente e portanto dotada de um carácter privado e, por outro, relacionada com o advogado e por isso com uma dimensão de carácter público, juntando-se a este

[285] A exigência da licenciatura só se verificava nas capitais de província, podendo ser de bacharelato, com a aprovação de um exame, noutras zonas do país. O aumento da caução era uma forma indirecta de controlar o acesso indiscriminado à profissão, restringindo, por motivos económicos, os eventuais candidatos.

profissional na consagração do direito de defesa". Realça-se assim que as funções dos *procuradores* apenas fazem sentido no âmbito da intervenção processual.

O Estatuto dos *Procuradores de los Tribunales* de 1982 considera a profissão como liberal, podendo-a integrar todos aqueles que reunam as condições exigidas neste Estatuto e que solicitem e obtenham a sua incorporação num Colégio de *Procuradores*. Os requisitos exigidos são os seguintes: possuir a nacionalidade espanhola ou de algum dos Estados membros da União Europeia, ser maior de idade, possuir uma licenciatura em Direito e possuir um título de *Procurador* passado pelo Ministério da Justiça, depois de reunir as condições exigidas. Estas condições são: a inscrição num colégio de *Procuradores*, com o pagamento da quota de ingresso e legalização junto da Mutualidade de Provisão; pagamento da caução exigida no Estatuto; e prestar juramento diante do Tribunal Supremo ou órgão competente (audiência ou tribunal) no local onde pretenda exercer a profissão. São excluídos do acesso à profissão os candidatos com registo criminal e os membros que tenham sido sancionados disciplinarmente no âmbito do exercício da profissão.

O regime de incompatibilidades profissionais comporta as seguintes impossibilidades: exercício de qualquer função judicial ou fiscal, independentemente da categoria, e demais funções de secretariado ou relacionadas com os tribunais; exercício de advocacia; exercício da profissão de gestor de negócios ou administrativo ou de agente de imobiliárias; exercício de funções remuneradas nos Colégio de *Procuradores* e de Advogados; exercício de outras funções o empregos na administração pública considerados incompatíveis com as suas funções; exercício da profissão em circunscrições judiciais onde familiares ou parentes, até o segundo grau, desempenhem funções de magistrado ou oficiais de justiça.

Os deveres e direitos dos *procuradores* são bastante discriminados no Estatuto. Vamos assim destacar aqueles que consideramos mais importantes, começando pelos deveres profissionais e deontológicos. O dever principal é colaborar com os restantes órgãos jurisdicionais na administração da justiça e manter a honra e lealdade na defesa dos interesses dos representados e em relação ao órgãos profissionais que regulam a

profissão[286]. Os *procuradores* são obrigados a representar, gratuitamente, os litigantes sem recursos financeiros no casos previstos na lei, sendo o colégio responsável pela distribuição dos processos entre os seus membros.

Ao nível da sua intervenção processual, é dever do *procurador*: apresentar os documentos em julgamento que o nomeiam representante ou devolvê-lo quanto antes no caso de não querer ou poder representar o cliente; acompanhar o julgamento até que tenha cessado a sua intervenção; informar e transmitir ao advogado do seu cliente todos os documentos e instruções existentes e que sejam relevantes para a defesa do cliente; pagar as despesas junto da instância onde exerce funções; manter o cliente e advogado sempre ao corrente dos desenvolvimentos do caso; assegurar todas as pretensões que sejam necessárias em nome do cliente; assegurar todas as notificações e citações, incluindo as das sentenças, com a mesma força de lei como se fosse o representado directamente; assistir a todas as diligências previstas na lei; fazer acompanhar-se de um livro onde estejam inscritos todos os negócios pendentes e outras contas relacionadas com os clientes, advogados ou oficiais de justiça, dos quais dependam o pagamento de honorários e outros direitos; entregar aos clientes todos os documentos comprovativos do pagamento de custas judiciais e outras despesas, bem com dos recebimentos efectuados; residir na zona onde exerce funções, mantendo um escritório junto da localidade onde se situa o Colégio a que pertence; manter um livro de registos dos assuntos, contendo dados precisos sobre os mesmos; e manter o sigilo profissional.

Os direitos dos *procuradores* são em menor número, destacando entre eles os seguintes direitos: ao auxílio no exercício das suas funções pelos tribunais e seus agentes; a uma remuneração justa e adequada aos serviços prestados[287]; às honras e considerações em actos oficiais condizentes com o seu estatuto; a prestação de serviços junto de uma entidade privada deve regular-se, ao nível das remunerações, pelas tabelas fixadas pelo respectivo Colégio; a remuneração pela prestação de serviços no âmbito extrajudicial deve corresponder aos valores fixados para a circunscrição judicial.

[286] A publicidade e divulgação dos seus serviços é expressamente proibida.

[287] No entanto, não é permitido estabelecer os honorários em função do que os litigantes possam vir a receber no decorrer do julgamento.

O Estatuto especifica ainda a forma de funcionamento dos Colégios e do Conselho Geral dos *procuradores*, ao nível da organização, acção disciplinar ou mecanismos de financiamento ou de eleição dos corpos gerentes, entre outras regras. O funcionamento da mutualidade está igualmente regulada, tendo por objectivos: a pensão de reforma, invalidez ou viuvez; assistência ao profissional ou à sua família em caso de doença; e ao auxílio em caso de haver órfãos. Tem ainda responsabilidades no âmbito de bolsas de estudo para os filhos dos *procuradores*, na criação e manutenção de clínicas médicas e instituições escolares, entre outras acções de apoio que possa desenvolver.

5.1.4. *Conciliateurs de Justice* em França

Os *conciliateurs de justice* franceses foram instituídos pelo Decreto-Lei n.º 78-381, de 20 de Março de 1978. Posteriormente, este decreto sofreu algumas alterações em 1981, 1993 e 1995 até à sua versão actual por via da aprovação dos Decretos-Lei n.º 96-652 e 96-1091, respectivamente de 22 de Julho e de 11 de Dezembro de 1996. Os *conciliateurs* inserem-se numa perspectiva plural de justiça, onde a oferta de mecanismos alternativos e complementares de realização de justiça pode permitir a obtenção de melhores resultados, uma vez que se procura adequar a forma de resolução ao tipo de conflito em causa[288]. Também aqui se pode falar em desjudicialização na medida em que se podem atribuir maiores competências aos *conciliateurs* no âmbito das suas actividades, nomeadamente no tipo de conflitos, na fase em que podem intervir, no acesso aos seus serviços ou na obrigatoriedade de realizar uma tentativa de conciliação em certos litígios.

Para Junqua (2001), a ideia de conciliação não aparece apenas em 1978, sendo a sua origem mais remota. A Bíblia já se referia ao processo de conciliação e, mais tarde, Voltaire tentaria popularizar esta prática que tinha visto a ser desempenhada por juízes-conciliadores na Holanda. A Revolução Francesa adopta os princípios da conciliação na

[288] O discurso da Ministra da Justiça francesa, em 1998, Elizabeth Guigou vai no sentido do desenvolvimento da profissão, ao reconhecer a sua importância na política de acesso ao Direito e na resolução amigável de conflitos, podendo funcionar como uma alternativa ao julgamento, mesmo estando sobre a coordenação do juiz.

sua Constituição, instituindo os juízes de paz eleitos. Mais tarde, o Código de Processo Civil de 1806 vem introduzir algumas limitações à conciliação, deixando-a dependente da consciência do juiz e da vontade das partes. Quanto aos juízes de paz, passaram a ser nomeados, e não eleitos, mas foram extintos em 1958 (desde o início do século XX o seu número tinha já diminuído de cerca de 3000 para 450).

Assim, o decreto de 1978 foi a primeira tentativa de introduzir novamente o processo de conciliação, baseando-se, principalmente, na concaução, disponibilidade, neutralidade, capacidade de persuasão e abertura de espírito que o *conciliateur* deve possuir. Não vamos neste trabalho desenvolver como se deve processar a conciliação, mas sim apresentar a profissão de *conciliateur* como uma profissão auxiliar ao bom funcionamento da justiça.

O *conciliateur de justice*, assim designado após os decretos de 1996, é chamado pelo juiz para, dentro do processo judicial, proceder a uma tentativa preliminar de conciliação, implicando assim um acordo entre as partes. Segundo Merckling (2001), e a título exemplificativo, no ano de 1996 existiam cerca de 1350 *Conciliateurs* que lidaram com 73.000 casos, tendo então obtido uma taxa de sucesso de 45% (uma média anual de 54 processos por *Conciliateur*).

A conciliação é diferente de mediação, embora a fronteira seja actualmente bastante ténue. Merckling (2001) distingue a conciliação da mediação, em que a primeira não é tão impositiva como a segunda nem necessita forçosamente da presença de uma terceira parte, além das partes em conflito. Além disso, a conciliação não tem uma força executória como a mediação, sendo também menos activa na busca de um entendimento (não utilizando muitos mecanismos para forçar o acordo).

A figura do *Conciliateur* foi criada tendo em consideração quatro ideias: 1) a concaução que deve inspirar, no saber ouvir e no saber dialogar; 2) o informalismo que deve acompanhar os procedimentos, mesmo na linguagem utilizada; 3) a obrigação de sigilo profissional; 4) e a inexistência de força executória do acordo alcançado (facto que afecta a imagem de eficácia do *conciliateur*).

A disposição territorial dos *conciliateurs* é idêntica à que existia para os juízes de paz. Existia um juiz de paz por cada *canton* numa fase inicial e, posteriormente, por

imperativos financeiros, decidiram agrupar vários juízes de paz. Deste modo, havia juízes de paz consoante as necessidades, verificando-se a possibilidade de existência de mais que um por *canton* e a sua inexistência noutros. A mesma filosofia foi aplicada aos *conciliateurs* na sua distribuição geográfica.

O acesso à profissão de *conciliateur* exige possuir, pelo menos, 3 anos de experiência na área jurídica. Depois de efectuada a candidatura junto do tribunal, o *conciliateur* é nomeado pelo Presidente do Tribunal de Recurso, sob proposta do juiz de Instância e após parecer do Procurador. O *conciliateur* exerce então competências numa determinada área territorial, ligado a um Tribunal de Instância e durante um tempo determinado. Inicialmente, é nomeado por um ano, podendo a competência ser renovada por períodos de dois anos.

As suas competências têm vindo a ser redefinidas e aumentadas, em especial com a última revisão da Lei de Acesso ao Direito e à Justiça e com a aprovação do Código de Processo Civil de 1998. Os *conciliateurs de justice* podem actuar numa série de litígios, tais como: questões relativas à propriedade e co-propriedade, conflitos entre proprietários e arrendatários, conflitos entre consumidores e profissionais, disputas de vizinhança e família, desacordos entre fornecedores e clientes, dificuldades na recuperação de créditos, entre outras. As suas competências não abrangem conflitos entre a administração pública e os cidadãos, assim como em assuntos relativos ao estado civil e à família (divórcio, reconhecimento do poder paternal, pensões alimentares, guarda das crianças, etc.).

A conciliação é feita dentro do sistema judicial por iniciativa do juiz ou das partes em conflito. Mesmo em França, o recurso por parte dos juízes aos *conciliateurs* tem sido bastante diminuto, embora se tenha vindo a aprofundar. Até 1995, o *conciliateur* apenas podia intervir após o início do processo judicial, mas após esta data alargou-se essa possibilidade a uma fase preliminar da instauração do processo, ainda que apenas por iniciativa do juiz ou das partes. Neste ponto, a lei não foi clara ao definir o que considera ser uma fase preliminar: se a fase de instauração do processo, se a fase de análise do conflito. Em relação à conciliação prévia, levantam-se três questões ainda não resolvidas: 1) a possibilidade da negociação ser em si uma alternativa ao julgamento e ao próprio processo; 2) a negociação pré-contenciosa deve ter um valor

comparável ao julgamento executivo; 3) o alargamento do apoio judiciário, e a remuneração dos profissionais, à fase de negociação prévia ao processo judicial.

Quando não existe conciliação na fase prévia ao processo judicial, esta pode efectuar-se durante as várias fases por que passa o processo no tribunal. Neste período, pressupondo que as tentativas anteriores falharam e para que a conciliação possa funcionar, três condições são essenciais (Merckling, 2001): 1 – a disponibilidade do *conciliateur* para acompanhar as audiências; 2 – o conhecimento dos processos por parte do magistrado, de modo a analisar quais os que podem ser resolvidos com a intervenção do *conciliateur*; 3 – e uma estreita colaboração entre o magistrado e o *conciliateur*. A conciliação no decurso do julgamento apresenta, assim, algumas vantagens, como sejam a rapidez, a diminuição de despesas (supressão das custas judiciais e dos honorários do perito) e a discrição com que o assunto pode ser resolvido, longe do público e de forma simplificada. Estes procedimentos, no decorrer do processo em tribunal, podem levar a três cenários (Merckling, 2001): a conciliação entre as partes, com a redacção de um acordo redigido pelo *conciliateur*, que pode ter força executória; a obtenção de acordo provisório que necessite de ser trabalhado a posteriori, adiando-se as audiências até se chegar a um resultado; a ida a julgamento em caso de impossibilidade de se chegar a um acordo. De referir que o recurso ao *conciliateur* é sempre um mecanismo facultativo, exigindo sempre a anuência das partes.

Os *conciliateurs*, em regra, não exercem a profissão a tempo inteiro, designando um horário semanal para efectuar as diligências necessárias. O horário, assim como o respectivo contacto, pode ser consultado junto do Tribunal de Instância de cada jurisdição. O recurso ao *conciliateur* é gratuito e pode evitar a morosidade de um processo judicial tradicional. Segundo a lei, a duração da missão do *conciliateur* não pode exceder o prazo de um mês, podendo apenas ser renovada uma vez a pedido do próprio *conciliateur* e com a anuência das partes.

A remuneração dos *conciliateurs* não está regulamentada. Pressupõe-se que o exercício da conciliação é um acto de benevolência. Deste modo, o Estado apenas paga anualmente 1000 francos a cada *conciliateur*, podendo atingir, em casos excepcionais e devidamente justificados, os 3000 francos.

A formação, por seu lado, é ainda incipiente, entrando em contradição com o discurso oficial que pretende expandir a conciliação como um mecanismo eficaz e fiável para a resolução de conflitos. Merckling alerta para o facto de que a conciliação exige tempo e reivindica assim a sua profissionalização. Os juízes de instância têm organizado algumas acções de formação, assim como o Tribunal de Recurso de Paris, que tem protagonizado sessões periódicas de formação de *conciliateurs de justice* procurando uma confrontação de práticas, um aprofundamento dos conhecimentos e a harmonização de métodos. As acções de formação são igualmente organizadas por temas, permitindo a aquisição de conhecimentos gerais sobre matérias específicas. Também a *École Nationale de la Magistrature* está a desenvolver um plano de formação. Esta divide-se em dois módulos: o primeiro aborda a conciliação sob o aspecto jurídico e o segundo relaciona-se com as técnicas de comunicação e entrevista utilizadas.

Por fim, é de referir que o sucesso dos *conciliateurs*, como auxiliares de uma justiça eficaz e justa, depende da credibilidade com que exercem a sua profissão e do modo como podem executá-la, ou seja, a conciliação será tanto mais valorizada se houver a capacidade de superação da dicotomia justiça formal / justiça informal e se houver um respeito pelos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Isto implica superar outra distinção (Merckling, 2001), considerada falsa e enganadora, que se funda na seguinte expressão: "pequenos conflitos, logo conciliação; grandes conflitos, logo processo".

Estas posições indiciam que também a profissão de *conciliateur* está actualmente em discussão, com uma tentativa de revalorização e profissionalização dos seus actores e práticas, através de uma maior institucionalização. Reclamam um papel mais activo e um maior respeito pelo seu desempenho, a par de uma melhoria da formação e da clara delimitação de competências. Arrastadas a estas reivindicações surgem as questões das remunerações e do acesso à profissão. Considera-se então que só assim se atingirá uma justiça plural, em que os vários actores envolvidos contribuam com igual valor e empenho.

5.1.5. *Médiateurs de Justice* em França

O *médiateur* é uma profissão com uma intervenção no domínio judicial[289]. Neste âmbito, e à imagem do que sucede para os *conciliateurs*, também o seu papel e competências se encontram em discussão, em especial no que se refere a poderem ter uma maior e mais diversificada intervenção nas várias áreas judiciais. Depois de terem .obtido maiores competências com o novo Código de Processo Civil, publicado em 2000, consideram, através *Chambre National d'Arbitrage et de Médiation*, que ainda estão longe de esgotar as suas potencialidades.

O Decreto-Lei n.º 96-652, de 22 de Julho de 1996 regula a mediação, à imagem do que sucede com a conciliação. Esta lei vem no seguimento da legislação publicada acerca da organização das jurisdições e do processo civil, penal e administrativo. Segundo o Código Deontológico dos Mediadores da *Chambre National d'Arbitrage et de Médiation* (CNAM), o *médiateur* tem a função de ouvir as partes e de confrontar os diferentes pontos de vista com o objectivo de encontrar uma solução para o conflito em causa. A solução para o conflito é assim elaborada, com a colaboração das partes, tendo em consideração as relações futuras que se prevêem mais favoráveis que uma, eventual, decisão por parte do juiz. O juiz tem o dever de decidir, o *médiateur* tem o objectivo de restabelecer os laços sociais. A mediação judiciária insere-se dentro dos procedimentos judiciais, não dispensado a intervenção do juiz.

A mediação pode ser confiada, nos termos da lei, a um *médiateur* profissional ou a uma associação. No caso de ser uma associação, esta deve indicar ao juiz o nome ou os nomes das pessoas envolvidas para este aprovar. Para se exercer a profissão de *médiateur*, como profissional liberal ou como assalariado de uma associação[290], é necessário possuir, segundo a lei, as seguintes condições: não ter sido objecto de condenações ou outras incapacidades legais; não ser autor de factos contrários à honra, integridade e bons costumes que tenham dado lugar a um processo disciplinar ou administrativo de destituição, irradiação ou retirada de concaução e desautorização; possuir, pelo exercício actual ou passado de uma actividade, a qualificação necessária

[289] Existem mediadores noutros âmbitos, como sejam a educação ou as comunidades, mas, neste texto, vamos cingir-nos aos mediadores judiciais.

para lidar com o litígio em causa; justificar a formação adquirida ou a experiência detida no âmbito da prática de mediação; e apresentar as garantias de independência necessárias ao exercício da mediação[291].

A formação de *médiateurs* é, segundo Bonafé-Schmitt (1999), um dos problemas que se colocam ao falarmos de profissionalização desta função[292]. Foi a mediação penal que permitiu acelerar a institucionalização da mediação e a tendência para a sua profissionalização, não sendo possível continuar a recorrer apenas à boa vontade dos *médiateurs*. Assim, a exigência de um mínimo de qualificação levou, por exemplo, o INAVEM (Instituto Nacional de Apoio às Vítimas e de Mediação) e o CLCJ (Comité das Associações Sócio-Educativas de Controlo Judiciário) a elaborar programas de formação na área penal, além de procurar definir o papel dos *médiateurs* na relação com o Ministério Público. A tendência para elevar o grau de formação dos *médiateurs* levou inclusive ao aparecimento de diplomas universitários, como, por exemplo, os cursos de formação enquadrados pela *Chambre National d'Arbitrage et de Médiation*, e que são, em regra, (ex-)profissionais de profissões judiciárias ou parajudiciárias (antigos magistrados, advogados ou peritos, etc.), que aceitaram realizar uma formação específica, em especial na área da psicologia[293]. A maioria dos actuais profissionais não frequentou qualquer tipo de acção de formação inicial porque esta não existia à data de início de funções. Discute-se actualmente se o *médiateur* deve possuir ou não uma licenciatura em Direito, para além de uma posterior formação especializada.

A tendência para elevar o grau de formação relaciona-se com a construção de uma identidade profissional, procurando evitar o controlo do mercado da mediação

---

[290] Pode ainda exercer-se a mediação no âmbito de uma actividade de benevolência (Lamy, 2001).

[291] Na Finlândia, por exemplo, os mediadores funcionam em regime de voluntariado não remunerado (Varona, 1995).

[292] Sobre as técnicas de mediação e a sua aplicação ver os trabalhos de Lascoux (2001) e de Boubault e Le Meut (2000).

[293] A formação actualmente existente é relativamente variada quer em termos formação inicial quer em relação à formação permanente. O CNAM recomenda, em particular, a formação pós-licenciatura administrada na Universidade Lumiére de Lyon, que iniciou em 2000, e que consiste em 120 horas, através de módulos opcionais, estágio e apresentação de um trabalho como condição de obtenção do diploma. A CNAM proporciona ainda diversos cursos, de duração variada, adaptados às necessidades que vão surgindo na profissão (ver os cursos certificados em www.pythagore.com/2_propositions.html. Abril de 2001). Na Suiça, na Universidade de Sion, existe actualmente um curso de mestrado em mediação com a atribuição de um diploma europeu (Lascoux, 2001).

pelas profissões tradicionais das áreas jurídica e social. Como refere Bonafé-Schmitt (1999), os *médiateurs* estão, de facto, apostados em transformar a mediação num produto específico, aumentado o formalismo dos procedimentos de mediação que contribuem para o reforço da necessidade da existência de serviços e produtos próprios. Neste domínio, Goldsmith (2001) considera que o importante é possuir uma boa experiência profissional, independentemente do título, que ultrapasse as especificidades técnicas relacionadas com o litígio em causa, devendo demonstrar uma boa cultura geral e uma flexibilidade argumentativa que não se restrinja a meros conhecimentos periciais ou jurídicos[294]. Gema Varona (1995: 76) refere que os *médiateurs* possuem diferentes vivências pessoais, logo torna-se necessário uma formação que permita, pelo menos, um mínimo de harmonização de procedimentos e técnicas. No entanto, a formação de *médiateurs* tem um perigo, como Varona reconheceu em função do estudo que realizou sobre a mediação na Finlândia: com o passar do tempo existe uma tendência para os *médiateurs* deixarem o registo de informalidade em direcção a uma burocratização do serviço, provocando uma divisão de opiniões e de profissionais e confundindo os cidadãos.

O *médiateur*, pela sua parte, está obrigado a informar as partes envolvidas sobre as regras de funcionamento da mediação e a possibilidade de consultar outras pessoas, assim como alertar para o facto do processo de mediação pressupor a livre participação das partes. Deve, igualmente, proporcionar as condições necessárias para uma troca de impressões baseada no respeito mútuo dos interesses e das pessoas, no quadro do princípio do contraditório, e permitir às partes elaborar uma solução negociada livremente, com conhecimento de causa de terceiros.

Os domínios de intervenção do *médiateur* são variados e foram aumentados, como referimos, com a revisão do Código de Processo Civil. Assim, a médio prazo, estas mudanças vão permitir, não só permitir a resolução de um grande número de litígios, mas também a divulgação destes mecanismos de resolução de conflitos, reforçando o desenvolvimento e crescimento da mediação convencional. Na opinião da CNAM, e contrariamente à ideia geral sobre a mediação, não são os conflitos de

[294] Sobre as qualidades do mediador pode-se ver o trabalho coordenado por Boubault e Le Meut para a associação Non-violence Actualité (2000:27 e ss.).

vizinhança e familiares que geram expectativas profissionais na expansão do exercício profissional dos *médiateurs*, mas sim a rapidez dos procedimentos utilizados que vão seduzir as partes envolvidas em litígios onde estão em causa factos importantes (sociais e financeiros). Nestes casos, a rapidez e a eficácia são essenciais para atrair as partes, visto que os três meses previstos para a duração da mediação pode funcionar como motivo para a ultrapassagem de algumas eventuais reticências iniciais. Deste modo, exige-se aos *médiateurs* uma formação cada vez mais exigente e adaptada aos novos conflitos que podem agora mediar, em particular no campo dos conflitos entre empresas, a nível internacional, no direito do trabalho, no direito da família (divórcio e sucessão) e no direito do consumo (bancos, seguros, imobiliária, construção, etc.).

Existem várias formas para recorrer ao *médiateur*: directamente por uma das partes ou pelas duas ou mais partes em conjunto; indirectamente por uma instituição ou pelo próprio tribunal. No caso de ser solicitado pelo tribunal, através de uma carta enviada pelo funcionário, o *médiateur* deve responder ao juiz rapidamente informando se aceita a designação. De seguida, deve contactar as partes para iniciar o processo de mediação. Durante a intervenção do *médiateur* o processo fica suspenso, podendo a sua acção incidir sobre parte ou a totalidade das questões em conflito. Nos termos da lei, a mediação tem uma duração máxima de três meses, podendo ser renovada por período igual a pedido do *médiateur* e com a anuência do juiz. O juiz pode, a qualquer momento, interromper o processo e tomar as providências que achar correctas. No fim da sua missão, o *médiateur* informa por escrito o juiz do resultado da mediação. Se não se chegou a um acordo, o processo volta ao juiz, decorrendo de forma normal. Caso se chegue a acordo, é preciso saber em que termos, de modo a que o juiz decida homologar, dando-lhe uma força executiva.

Os *médiateurs* estão igualmente sujeitos aos princípios de independência, imparcialidade, incompatibilidade e confidencialidade relacionados com o exercício da sua profissão. De realçar que os *médiateurs* não prestam contas ao juiz das suas actividades, nem estão sob a sua vigilância, como acontece em relação aos *conciliateurs*, tendo apenas de informar o juiz do resultado da sua mediação. Esta diferença em relação à conciliação é importante, porque na mediação segue-se a vontade das partes, respeitando-se o acordo alcançado, enquanto o processo de

conciliação é orientado pelo juiz. O *médiateur* possui ainda a possibilidade de pedir exclusão do processo por problemas de consciência.

As questões relacionadas com as remunerações e indemnizações dos *médiateurs* são igualmente alvo de discussão, embora os critérios tenham sido definidos na lei. O modo de remuneração, assim como os mecanismos de funcionamento, deve ser fixado numa fase prévia ao início do processo e ser independente do resultado que se vier a obter. Segundo o Código de Processo Civil, a decisão judicial que estabelece a mediação fixa, igualmente, o montante da remuneração, bem como a proporção que as partes envolvidas devem suportar. Quando expira a missão do *médiateur*, o juiz fixa o montante final e a forma como ele será repartido entre as partes envolvidas, de acordo com a lei de organização judiciária. Em 1999, a *Chambre National d'Arbitrage et de Médiation* elaborou uma tabela única de remunerações aceite por todos os profissionais nela inscritos[295], visto que havia profissionais que praticavam honorários algo elevados. Esta tabela serve de referência inclusive para os juízes na hora de estabelecerem as remunerações.

O relacionamento com os restantes operadores judiciais, em particular com os advogados, é outra questão controversa, face às transformações de ambas as profissões. Arnaud Stimec (2001) aborda as tensões existentes entre *médiateurs* e advogados, caracterizando-as em dois níveis: o *mediador anti-advogado*, que não tolera a sua presença durante o processo ou exige que ela se restrinja a uma observação não participante, visto ser o seu território exclusivo de trabalho; e o *advogado anti-mediador*, em que os advogados das partes enveredam por uma via muito técnica excluindo o *médiateur* de qualquer intervenção, aludindo para a importância do seu papel e a inutilidade da intervenção do *médiateur*. A incompreensão e a rivalidade processual entre estes dois profissionais pode originar, com o passar do tempo, uma degradação progressiva das suas relações, com evidente prejuízo dos cidadãos envolvidos. A cooperação, a par de um melhor conhecimento das funções de cada um, ajudará a ultrapassar esta tensão. Os encontros de reflexão comuns permitem conhecer o campo de intervenção de cada profissional que, segundo Stimec, se distinguem porque:

o advogado intervêm para assegurar que os acordos se realizem no estrito respeito da lei; o *médiateur* intervêm na forma, ou seja, na elaboração do acordo entre as partes. Stimec distingue então as possíveis intervenções para advogados e *médiateurs*. Os advogados podem assegurar a informação jurídica, a legalidade e a clareza jurídica de um eventual acordo e verificar a possível existência de vícios, erros ou dolo no acordo alcançado. Os *médiateurs* podem contribuir para o acesso ao Direito dos cidadãos, respeitando as suas posições, regular a discussão, favorecer a compreensão entre as partes e o encontrar de soluções consensuais e zelar pela clareza do acordo atingido. A colaboração pode então ajudar a que as partes mantenham um enquadramento legal na sua negociação, a que se supere a tradicional lógica adversarial e que os serviços profissionais sejam prestados com imparcialidade e neutralidade.

As outras tensões que podem surgir relacionam-se com os juízes e com os *conciliateurs*. Em relação aos juízes, as divergências situam-se, não só no âmbito da delegação de competências, mas também no (não) reconhecimento da potencialidade do seu contributo, preferindo exercê-la eles próprios. Ainda existem poucos juízes que recorram com alguma frequência aos préstimos dos *médiateurs*, embora seja reconhecido que, se houvesse uma profissionalização idêntica à existente no Canadá, os juízes utilizariam mais os seus serviços. Por isso, esta situação deve-se, em grande parte, à (des)valorização profissional. No que toca aos *conciliateurs*, a competição e a ambiguidade da fronteira que separa os dois papéis leva geralmente ao surgimento de tensões. Neste caso, a relativa fragilidade profissional de ambos contribui ainda mais para o surgimento de tensões, visto que a luta pela afirmação e maior protagonismo é frequente. Como afirma Stimec (cf. 2001), " Após anos de dúvidas, incompreensões e por vezes de afrontamentos, a mobilização política à volta da mediação pode permitir aos juristas (advogados e também notários, juízes…) e aos outros actores sociais e económicos um melhor conhecimento mútuo. Uma relação construtiva parece perfeitamente possível de alcançar, com a condição de que ambas as partes estabeleçam um diálogo que permita ultrapassar as rivalidades existentes em torno das competências

[295] A tabela de 1999 estabeleceu como valor máximo de honorários, por mediação, 6.280 FF TTC mais os custos reais (*frais réels*). Este valor médio compreende oito sessões, em geral, com a duração de uma hora cada. As horas suplementares necessárias serão igualmente cobradas.

de cada um, compreendendo as complementaridades e zelar pelos interesses dos cidadãos envolvidos".

Os *médiateurs* franceses não exercem a sua profissão a tempo inteiro, ao contrário do que sucede no Canadá, onde a mediação é uma profissão institucionalizada. Deste modo, e segundo defendem os *médiateurs* franceses, existe uma margem de progressão bastante grande, quer a nível de competências que lhes podem ser atribuídas, quer em termos de profissionalização. E a expansão da acção dos *médiateurs* não implica forçosamente um aumento dos custos, visto que evitam que os processos se perpetuem em tribunal com os respectivos custos que advém da morosidade. Além disso, podem contribuir para uma justiça mais célere, justa e eficaz. Implica, no entanto, uma maior complementaridade entre os operadores judiciais e os *médiateurs*[296], através do reforço das relações de concaução, o que passa pelo maior reconhecimento profissional. Este reconhecimento profissional, por seu lado, exige uma reformulação dos critérios de acesso e formação à profissão de *médiateur*.

5.2. Os solicitadores em Portugal

O solicitador é um profissional cuja origem remonta a largos séculos atrás. A Câmara de Solicitadores portuguesa, encontra-se um pouco da história destes profissionais[297]. O «vozeiro» registado no século XII já cumulava as funções de procurador e advogado, no entanto, só em 1842 foi regulado o exercício das funções de solicitador e de procurador, através das várias ordenações. Em Portugal, actualmente, cabe ao solicitador representar e defender os cidadãos nos vários tribunais, dentro das limitações legais existentes, bem como aconselhar e acompanhar os cidadãos e

[296] Pierre Estoup (2001) refere que a dificuldade na delegação de competências judiciais por parte do juiz continua a ser um obstáculo à institucionalização da mediação, que as últimas reformas do Código de Processo Civil francês não tem permitido inverter.

[297] A informação histórica contida neste ponto foi retirada essencialmente do *site* da Câmara de Solicitadores.

empresas, no âmbito jurídico, representando-os perante os serviços, órgãos ou repartições públicas (finanças, cartórios notariais, registos, autarquias locais, etc.)[298].

As funções de solicitador variam consoante o país. Na Grã-Bretanha, ao solicitador compete-lhe prestar serviços de informação jurídica, incluindo o aconselhamento, a preparação de documentos, a negociação e a representação em Tribunal[299]. As suas competências abarcam ainda áreas que noutros países europeus estão cometidas aos notários, tais como transferência de propriedades, elaboração de contratos e testamentos. Nos últimos anos, os solicitadores britânicos têm igualmente prestado aconselhamento financeiro e de venda de propriedades, entre outros serviços jurídicos. Os solicitadores britânicos são o primeiro contacto dos cidadãos, autoridades públicas, empresas ou outras profissões quando procuram algum tipo de aconselhamento legal. De referir que os solicitadores britânicos exercem competências que em Portugal são da responsabilidade dos advogados, não sendo, por isso, possível de comparar, de forma directa, com o solicitador português[300].

Na opinião da Câmara de Solicitadores, o solicitador português é um profissional liberal que pratica actos jurídicos por conta de outrem, numa actividade regulada pelo respectivo estatuto (Decreto-Lei n.º 8/99, de 8 de Janeiro). A Câmara de Solicitadores é a entidade reguladora destes profissionais, sendo uma associação de direito público. Os direitos dos solicitadores inclui a possibilidade de requerer, em qualquer repartição pública, o exame de livros, processos, documentos e certidões, não necessitando para o efeito de apresentar qualquer procuração. Quanto aos deveres, e

[298] Havia em Portugal, em Dezembro de 1999, 1663 solicitadores inscritos na respectiva Câmara, estando cerca de metade sedeados no distrito de Lisboa (815). Enquanto o número de homens é igual ao de 1994, com 943, o de mulheres têm vindo a subir, à imagem do que sucede com as restantes profissões, atingindo o número de 720.

[299] Existem actualmente na Grã-Bretanha cerca de 8.000 firmas de solicitadores, num total de 80.000 profissionais. Os s*olicitors* são actualmente cerca de 60.000 na Inglaterra e nos País de Gales. As suas competências variam desde o aconselhamento à representação dos interesses dos seus clientes (empresas ou indivíduos), inclusive em tribunal. A maioria exerce funções a nível privado, havendo ainda quem trabalhe em departamentos públicos estatais e locais ou mesmo no *Crown Prosecution Service* ou no *Magistrate's Courts Service*. Normalmente, os candidatos a *solicitors* possuem a licenciatura em Direito, mas podem ter uma outra licenciatura desde que frequentem uma das várias pós-graduações existentes em várias entidades. Depois de obtida a qualificação necessária, segue-se um período de estágio remunerado durante dois anos. Pode-se ainda aceder à profissão de *solicitor* através da profissão de *legal executive*, sendo um processo algo lento e com bastantes dificuldades académicas, mas permite que não licenciados possam entrar nesta profissão.

[300] A informação sobre as competências dos *solicitors* britânicos foi retirada do seu *site*.

para além de respeitar os regulamentos e disposições legais, os solicitadores devem recusar o mandato ou a nomeação oficiosa para causa que lhe seja conexa com outra em que represente ou tenha representado a parte contrária, fazer tudo ao seu alcance para que sejam reembolsados dos honorários e outras dívidas a colegas ou advogados a quem anteriormente tinha sido confiado o assunto em questão e respeitar o segredo profissional, mesmo em assuntos extrajudiciais, quer tenham ou não aceitado representar a parte.

A fixação de honorários por parte dos solicitadores portugueses deve ter em consideração os seguintes parâmetros: o tempo gasto no estudo, a dificuldade da matéria, a importância do serviço prestado, as posses dos interessados, os resultados obtidos, o esforço e eficiência do serviço, o valor da acção e a praxe do foro e estilo da comarca.

As alterações que esta profissão poderá sofrer em Portugal situam-se no âmbito da discussão sobre a reforma da acção executiva, no sentido de aproximar o nosso modelo de processo executivo do modelo francês (ver o ponto relativo ao *huissier de justice*)[301]. Consiste, resumidamente, em entregar aos solicitadores a acção executiva e os títulos executivos de natureza judicial.

A própria Câmara dos Solicitadores apercebeu-se do actual potencial de transformação da profissão, tendo para isso organizado o I Congresso dos Solicitadores, a 20 e 21 de Outubro de 2000, em Lisboa. As três secções em discussão produziram uma série de conclusões que vale a pena recordar e sintetizar, visto que vem de encontro à problemática em discussão: a transformação das profissões jurídicas e a redistribuição de competências de natureza judicial e extrajudicial.

A primeira secção respeitava as questões deontológicas e de garantias do cidadão. As preocupações transmitidas pelas conclusões iam no sentido de estabelecer regras mais rigorosas na fixação de honorários de referência, para evitar, diziam, concorrências desleais, em particular entre colegas da mesma comarca. Essas regras devem ter em consideração a diversidade de comarcas e de actos e serviços prestados.

[301] Ver o relatório do Observatório Permanente da Justiça, coordenado por João Pedroso e Cristina Cruz e denominado "A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma", apresentado no colóquio "Reforma da acção executiva", que teve lugar em Lisboa a 2 e 3 de Fevereiro de 2001.

Reivindicam ainda a concessão de competências exclusivas aos solicitadores. Não referem que estas regras também salvaguardam as garantias dos cidadãos, pese embora estivesse no título da secção.

A segunda secção destinava-se a debater as questões do acesso à profissão e da valorização profissional. Neste ponto, a Câmara preocupa-se com a formação, não só inicial, mas também ao longo da carreira. Procura, nesse sentido, aumentar o grau de exigência académico através da administração do curso superior de solicitadoria. No que concerne ao estágio, defendem a criação de um centro de estágio por distrito judicial, além de uma prova de agregação no final da segunda fase do respectivo estágio. Ao nível da formação permanente, defendem a realização de cursos, seminários e conferências como forma de manter actualizados os solicitadores.

Em relação à terceira secção, ela destinava-se a discutir o futuro da classe. Logo no primeiro ponto, os solicitadores referem estar preparados para receber novas competências que apoiem e melhorem a eficácia da máquina judicial, facilitando o acesso dos cidadãos à justiça. Neste sentido, defendem que os solicitadores devem ter novas responsabilidades no processo de desburocratização através da concessão de garantias de eficácia de execução e confidencialidade a todos os intervenientes. A exigência pela nomeação oficiosa nos processos judiciais enquadra-se neste processo.

Os solicitadores reivindicam algumas das competências exercidas pelos *procuradores*, em Espanha, e pelos *huissiers de justice*, em França, designadamente no tratamento e acompanhamento dos procedimentos externos ao processo judicial (notificação, citação, embargo, arresto, etc.), no âmbito do processo executivo, bem como na formação da prova através da introdução do *constat*, como acontece no sistema francês[302].

[302] Ver sobre a questão do *constat* o ponto referente aos *huissiers de justice*. A Câmara de Solicitadores faz parte, juntamente com o *Chambre National des Avoués pres les Cours D'Appel* (França) e do *Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales* (Espanha) do Comité de Postulantes Europeus com o objectivo de lutar, no âmbito do espaço da União Europeia, pela revalorização profissional. Assim, no último congresso, em 1998 na localidade de Lyon (França), aprovaram um documento com seis pontos reivindicando: 1) um acesso uniforme à profissão; 2) garantir que estes profissionais sejam altamente qualificados do ponto de vista jurídico e social; 3) harmonizar, tendo em consideração as diferenças entre as culturas jurídicas, os deveres profissionais e as competências técnicas da profissão; 4) assegurar que, para além das garantias jurídicas, o exercício da sua profissão se baseie numa autoridade moral, concaução e segurança capaz de os credibilizar junto dos cidadãos; 5) a melhoria do relacionamento entre as várias associações profissionais e entre estas e as entidades que coordenam a

As novas competências exigidas implicam uma reformulação do estatuto, pelo que defendem a iniciação imediata desse processo, ao mesmo tempo que pugnam pela criação de esquemas de formação actualizadas, regulares e disponíveis a todos os profissionais. Ou seja, procuram enveredar por um processo de modernização que os capacite para as competências que reivindicam e para garantir, a quem pode proceder às alterações aqui indicadas, que estão preparados para assumir as novas responsabilidades. É neste sentido que também exigem a definição do acto de solicitadoria, para impedir que persista a procuradoria ilícita.

Assim, perante a necessidade de transformar o paradigma jurídico e o exercício profissional dos seus actores, os solicitadores vislumbram neste processo uma oportunidade de revalorização profissional. Sabem que exige determinadas medidas, mas perante as potencialidades que se avizinham, parecem dispostos a proceder às mudanças necessárias, nomeadamente nas questões referentes à formação profissional de base e contínua e de adequação legislativa e estatutária às prováveis novas competências.

5.2.1. As competências a transferir para os solicitadores

A transferência de competências para os solicitadores, na proposta do Ministério da Justiça, dependem de várias reformas em curso, nomeadamente a finalização da reforma da acção executiva, a alteração do regime das notificações judiciais avulsas ou para o exercício da preferência, a alteração do direito probatório, inspirando-se na figura do *constat* francês e, ainda, a alteração do Estatuto dos Solicitadores.

Deste modo, o Ministério da Justiça elaborou uma proposta de lei (n.º 100/VIII), apresentada em 13 de Setembro de 2001, que procura libertar os tribunais de uma massa significativa de processos de execução e, ao mesmo tempo, assegurar o cumprimento das garantias de defesa do executado criando, para isso, novas figuras profissionais[303].

actividade profissional; 6) o cumprimento integral dos princípios deontológicos e éticos que norteiam a profissão, não só como uma exigência profissional, mas também como uma necessidade partilhada por todos.

[303] Esta proposta surge no seguimento do relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (Pedroso e Cruz, 2001) e da subsequente discussão pública.

A exposição de motivos da proposta refere que "o objectivo descentralizador do processo, integrado num contexto global de desjudicialização, resulta na atribuição de poderes até agora na titularidade do juiz, a agentes de execução – oficiais de justiça afectos a secretarias de execução e a solicitadores de execução – e a conservadores do registo predial, mantendo na esfera jurisdicional a competência para decidir, nomeadamente, das oposições à penhora e à execução e dos recursos dos actos praticados por conservadores".

A proposta de lei prevê, assim, a criação de secretarias de execução e de solicitadores de execução. Em relação a estes, a lei garante que os actos praticados respeitam a títulos executivos que tenham uma intervenção prévia dos tribunais ou dos notários, mantendo a segurança das relações jurídicas. Prevê-se igualmente a existência de tribunais ou juízos de execução para garantir a maior celeridade dos procedimentos necessários. A realização da penhora para a ser realizada através de agentes de execução, mantendo-se, no entanto, as garantias do executado no caso de se opor à penhora. A venda de bens imóveis e o processo especial de execução hipotecária passam a ser realizados nas conservatórias de registo predial, libertando os tribunais de actos meramente instrumentais.

Os agentes de execução, de modo a realizarem um trabalho satisfatório, poderão, mediante autorização do juiz, consultar bases de dados fiscais e outras bases com informação considerada relevante. Também se refere a intenção de constituir uma base de dados com as pessoas sem património conhecido e que, por essa, razão tenham frustado créditos.

A opção em Portugal passou pela transformação de uma profissão já existente, em vez de se enveredar pela criação de uma nova, à imagem dos *huissiers de justice* franceses. Assim, a criação dos solicitadores de execução dentro da profissão dos solicitadores permite revalorizar uma profissão e, ao mesmo tempo, criar novos mecanismos capazes de garantir a melhoria do processo de acção executiva e a rápida adaptação do sistema ao novo quadro legal. Contudo, o facto do projecto não prever a exclusividade do exercício de funções levanta algumas questões deontológicas, embora o actual mercado de execuções pudesse não ser significativo a ponto de assegurar a viabilidade financeira da profissão em regime de exclusividade. A Ordem dos

Advogados, em parecer elaborado por José Sousa de Macedo sobre o projecto legislativo referente à acção executiva e ao Estatuto dos Solicitadores, afirma que o Solicitador de Execução, é uma "especialidade que deveria ser admitida, a meu ver, como exercício exclusivo de actividade e não cumulativa, como parece, com as funções normais ao alcance dos Solicitadores".

A proposta, na tentativa de prevenir eventuais distorções dos objectivos pretendido, propõe uma revisão do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, considerando que "tal torna-se necessário, em primeiro lugar, para regular a formação e o acesso à especialidade de solicitador de execução, de seguida porque urgia reestruturar o sistema de órgãos da Câmara e a matéria disciplinar atendendo às novas exigências da profissão e às exigências de serviço público que dela decorrem".

5.2.2. O parecer da Câmara de Solicitadores

O parecer do Conselho Geral da Câmara de Solicitadores começa por considerar correcta a estratégia da proposta do Ministério da Justiça no sentido de desjudicializar determinados actos/processos, através de uma repartição de competências pelas várias profissões jurídicas[304]. Deste modo, esperam com expectativa a apresentação de medidas para a prevenção de litígios cíveis, a lei de bases de resolução alternativa de litígios e a implementação dos Julgados de Paz.

A Câmara de Solicitadores defende que as competências, que na proposta do Ministério da Justiça são exercidas pelos solicitadores, em particular na produção antecipada de prova e nos diversos processos de notificação, devem ser assumidas em regime de exclusividade, à imagem do sistema francês, visto que a concretização de diligências externas são consideradas pouco consentâneas com a estrutura e vocação dos notários. Na mesma linha, defendem a exclusividade no que respeita à notificação do arrendatário e subarrendatário, além da denúncia dos contratos de duração limitada.

[304] O parecer da Câmara de Solicitadores refere-se apenas à proposta de redistribuição de competências pelas várias profissões jurídicas, no sentido de desjudicializar determinados procedimentos, e não em relação à Proposta de Lei n.º 100/VIII que se refere à acção executiva.

Ao nível da notificação para a preferência, que actualmente não tem expressão nos tribunais, deve manter-se a notificação avulsa através do recurso ao solicitador, ressalvando-se a possibilidade de recurso para os meios jurisdicionais.

Os solicitadores propõem ainda que o projecto do Ministério da Justiça contemple a assunção do processo de injunção por estes profissionais, considerando esta medida como beneficiadora da perspectiva de desjudicialização proposta.

No sentido de dar cumprimento às propostas abordadas no projecto de desjudicialização, os solicitadores comprometem-se a reforçar o seu regime de incompatibilidades e a criação de uma tabela de honorários pré-fixada para a prestação de serviços.

6. O Ministério Público

O Ministério Público é um actor importante no processo de desjudicialização lançado pelo Ministério da Justiça. A evolução deste órgão judicial tem conferido uma importância cada vez mais relevante à sua acção, devido, não só ao alargamento das suas competências, mas também à melhoria da capacidade de exercício das suas funções, em parte resultante de um processo de afirmação institucional contínuo. A afirmação do Ministério Público deu-se com a revolução do 25 de Abril de 1974, sendo até então um mero prolongamento das políticas governamentais e servindo de passagem intermédia para acesso à carreira de juiz, visto ser uma profissão vestibular.

Após a publicação da Constituição da República, em 1976, procedeu-se à alteração das leis de organização judiciária, de modo a que ficassem em conformidade com os princípios nela inseridos sobre o poder judicial[305]. Alterou-se então a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais e o Estatuto dos Magistrados Judiciais. A última das grandes leis sobre a organização judiciária a ser publicada neste período foi a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 39/78, de 5 de Julho). Apesar de ser a última, e de estar em conformidade com as duas anteriores, constituiu-se como aquela que

[305] Sobre a evolução da organização judiciária em Portugal no pós-25 de Abril de 1974, ver a dissertação de mestrado de João Paulo Dias (2001).

permitiu dar um toque de inovação e autenticidade ao sistema judicial português (Rodrigues, 1999c: 75).

O modelo adoptado foi, inclusive, mais longe do que os existentes na maioria dos países que se incluem dentro do modelo da Europa do sul, casos da França, Espanha ou Itália. Segundo alguns magistrados entrevistados por João Paulo Dias (2001; 2001a), o modelo português do Ministério Público, largamente influenciado pelo anterior Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues e pela acção do então Ministro da Justiça Almeida Santos (na altura da aprovação desta lei o Ministro da Justiça era Santos Pais), procurou fazer uma síntese entre as concepções francesa e italiana, no que concerne à organização hierárquica (francesa) e autonomia (italiana), ainda que o modelo seguido tenha também as suas origens na tradição do Ministério Público em Portugal, em especial antes do Estado Novo (Rodrigues, 1999a e 1999c). No entanto, logo após a sua aprovação, já no IV Governo Constitucional, liderado por Mota Pinto, o então Ministro da Justiça Eduardo Correia tentou voltar ao modelo anterior de controlo por parte do Executivo. Esta tentativa era secundada pelo então Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, mas contava com a discordância do Presidente da República Ramalho Eanes e a feroz oposição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (comunicado de Maio/Junho de 1979).

As especificidades mais importantes do modelo português do Ministério Público são a sua autonomia face ao poder executivo e o facto dos seus agentes (também eles magistrados) desfrutarem de direitos e deveres equivalentes aos dos juízes (princípio do paralelismo) – inclusive a existência de um Conselho Superior específico do Ministério Público, que constitui uma outra inovação do nosso modelo.

Outra das particularidades do nosso Ministério Público tem a ver com as competências que lhe foram atribuídas, e que rompem com o anterior modelo, como sejam a direcção da investigação criminal e o exercício da acção penal, a promoção e coordenação de acções de prevenção criminal, o controlo da constitucionalidade das leis e regulamentos, a fiscalização da Polícia Judiciária, para além da defesa dos interesses do Estado. Se algumas destas tarefas já estavam consagradas em leis anteriores, o facto de se poderem exercer com autonomia confere-lhes uma importância bastante acrescida. A questão que se colocava, e que em parte ainda se mantém, é se o Ministério Público

seria capaz de exercer tão vasto rol de competências, adoptando uma postura activa, em vez da tradicional postura passiva. Porque esta lei estabelece que o Ministério Público passe a ter capacidade de iniciativa, o que é diferente de exercê-la. Algumas das funções de cariz mais social, ao nível dos trabalhadores, da família e dos menores, só viriam a ser incluídas na lei seguinte.

Embora este modelo desse um maior protagonismo ao Ministério Público, o facto é que a sua acção na área penal ficou ainda limitada devido à manutenção da figura do Juiz de Instrução Criminal com amplos poderes, algo que também só na seguinte revisão foi alterado, em consonância com as mexidas introduzidas no Código de Processo Penal de 1987 (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro). Tudo o resto foi elaborado um pouco à imagem do Estatuto dos Magistrados Judiciais, em particular nas questões referentes às incompatibilidades, deveres e direitos, bem como no acesso à carreira e devida progressão ou em relação à aposentação, cessação e suspensão de funções e acção disciplinar.

Entre a aprovação da primeira e a da segunda Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) não se detectaram quaisquer mudanças legislativas que pudessem alterar a sua estrutura, organização ou competências. Deste modo, vamos anotar apenas as diferenças, uma vez que já caracterizámos, sucintamente, a primeira LOMP de 1976. A aprovação da segunda LOMP (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro), ocorreu um ano após a publicação do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), tendo como Ministro da Justiça Mário Raposo e como Secretário de Estado-Adjunto Garcia Marques. Cunha Rodrigues afirma que esta lei "(…) introduziu apenas modificações de pormenor, tendo tido por finalidade essencial aproximar aspectos dos estatutos da magistratura judicial e do Ministério Público. E, em 1990, a Lei n.º 2/90, de 20 Janeiro, alterou o sistema retributivo dos magistrados do Ministério Público, em paralelismo com o da magistratura judicial" (1999c: 75).

Em relação a esta LOMP, já o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP) afirmava, na sua Informação Sindical n.º 45, de 1986, que ela mantinha, no essencial, a lei anterior. Embora concordasse com algumas disposições inovadoras, o facto de se manterem muitas outras levou a que criticasse a pouca ambição desta LOMP. No entanto, esta lei veio clarificar e aumentar as competências do MP, razão

pela qual o SMMP não se opôs, apesar de algumas críticas, à sua aprovação. Afinal, o MP conseguiu consagrar uma velha aspiração, a de serem os detentores do exercício da acção penal; o que, juntamente com a aprovação do Código de Processo Penal, permitiu que passasse a ser o MP o responsável pela realização da instrução criminal (agora inquérito), facto que revalorizou a importância desta magistratura no seio do poder judicial. Mas passemos à análise da LOMP, onde se destaca, igualmente, a aprovação da Lei de Autonomia do Ministério Público (Lei n.º 23/92, de 20 de Agosto) que altera a LOMP nalguns aspectos importantes.

As primeiras novidades aparecem no artigo relativo às competências do MP. Para além da manutenção das anteriores, em alguns casos com uma terminologia mais actualizada e explícita, surgem novas disposições que contribuem para uma decisiva afirmação do seu papel. Desde logo, passa a competir-lhe o exercício da acção penal, acrescido das competências no patrocínio dos direitos sociais (laborais e familiares) e do dever de representar os incapazes, os incertos e os ausentes. Introduz-se o esquema de representação dos agentes do MP nos diversos tribunais, bem como a forma em que a sua intervenção se exerce, podendo ser principal ou acessória.

Outras medidas foram introduzidas: acaba-se com o sexénio (à imagem do que aconteceu com os juízes), que impedia que os magistrados estivessem mais de seis anos no mesmo tribunal; e os poderes do Ministro da Justiça deixam de ser directivos e de vigilância para se tornarem mais genéricos e consultivos, terminando, por exemplo, com a possibilidade de tomar a iniciativa da acção disciplinar relativamente aos magistrados. Os poderes do Ministro da Justiça limitam-se assim à solicitação de informações e relatórios e à possibilidade de dar instruções de carácter específico nas acções cíveis em que o Estado seja parte interessada.

Assim, as mudanças introduzidas privilegiaram mais o aperfeiçoamento das competências do MP, face ao novo papel na área criminal, do que a reorganização dos seus órgãos, algo que só na última revisão veio a ser feito.

A terceira grande alteração deu-se com o Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto). Este Estatuto, há muito esperado, parece ter vindo a contento das reivindicações do SMMP, de tal modo que na Informação Sindical 131/98 se

recusam as críticas de outros operadores judiciários, em especial dos juízes, no que toca ao reforço dos poderes do MP, em desfavor dos juízes de instrução criminal.

A primeira diferença relaciona-se com a designação desta lei, deixando de ser uma lei orgânica para passar a ser um estatuto. Na opinião de Cunha Rodrigues "(…) retomou-se o conceito de estatuto por arrastamento do Estatuto dos Magistrados Judiciais e por se considerar que ele materializa, de forma mais activa, as garantias e as prerrogativas dos magistrados" (1999c: 78).

Em relação às alterações introduzidas no sentido de dotar o MP de estruturas capazes de executar as suas competências e de adaptar o seu funcionamento aos novos códigos em vigor, podemos afirmar que as principais medidas adoptadas ao nível das estruturas dizem respeito à criação de novos órgãos de investigação criminal, nomeadamente o Departamento Central de Investigação e Acção Penal e os Departamentos de Investigação e Acção Penal distritais. Muitas das modificações vão mais no sentido de reorganizar o diploma, limando algumas disposições ao nível linguístico, do que propriamente alterar o conteúdo dos artigos ou reformular as suas estruturas ou competências. Um entrevistado, citado por João Paulo Dias (2001: 117), afirma peremptoriamente que:

> *"No fundamental esta lei, contrariamente àquilo que as pessoas dizem, não veio alterar grande coisa relativamente à estrutura e ao fundamento. O que veio é reorganizar um pouco internamente, com a ideia de obter uma determinada eficácia. Essa reorganização interna, com a ideia da eficácia, passou também por uma nítida ideia de concentração de poder. Não me atrevo a dizer que era a ideia que estava por detrás, porque somos confrontados com a seguinte dificuldade: temos uma estrutura arcaica para a investigação criminal que é preciso fazer actualmente" (Ent. 6 – Magistrado do MP).*

As primeiras grandes mudanças surgem, como já se referiu, ao nível das competências do MP. Para além da promoção e realização de acções de prevenção criminal, o MP passa a participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, devendo exercer as suas funções na área penal orientadas pelo princípio da legalidade. Consagra-se, ainda no âmbito das competências, a coadjuvação, no exercício

das suas funções, quer dos funcionários de justiça, quer dos órgãos de polícia criminal, clarificando situações que vinham a ser algo "tensas". Ficam dependentes da Procuradoria-Geral da República, além dos anteriores órgãos, o DCIAP, o Gabinete de Documentação e Direito Comparado e o Núcleo de Assessoria Técnica.

As funções das várias categorias dos magistrados do MP foram agora bastante clarificadas, seja no seu estatuto, seja nas suas competências. A especificação das competências jurídicas e territoriais dos magistrados do MP é tanto mais importante quanto se trata de uma magistratura hierarquizada, exigindo-se uma grande transparência no exercício das suas funções, bem como uma correcta delimitação das fronteiras entre as diferentes categorias. No entanto, o SMMP considerou (Informação Sindical n.º 132/98) que se podia ter ido ainda mais longe neste âmbito, de modo a evitar abusos ou sobreposição de competências.

Sinteticamente, e após o relato desta evolução legal do Ministério Público, as suas competências abrangem, para além da sua principal área de intervenção que é a penal, a defesa dos incapazes, incertos e ausentes, o exercício do patrocínio oficioso dos trabalhadores, das famílias e dos menores, a defesa dos interesses colectivos e difusos.

6.1. As competências a transferir para o Ministério Público

O Ministério da Justiça pretende igualmente, como refere na nota introdutória da proposta de redistribuição de competências, "extrair todas as virtualidade do estatuto legal do Ministério Público na tutela dos interesses dos menores, incapazes e ausentes, conferindo-lhe, p.e., competência para suprir o consentimento, sem prejuízo de recurso para o tribunal judicial". Deste modo, propõe que o Ministério Público assuma novas competências ou, pelo menos, caso já as possua, as exerça com maior acuidade. Dentro desta perspectiva, destacamos as seguintes competências, as quais são em número reduzido.

Na separação ou divórcio por mútuo consentimento, que passa a poder ser feita nas conservatórias, mesmo quando haja regulação de poder paternal, o Ministério Público deve ser sempre notificado apenas para se pronunciar. O processo segue apenas para Tribunal no caso do Ministério Público levantar alguma oposição e se o acordo não

for entretanto alterado em conformidade com o teor da sua oposição. A questão do suprimento do consentimento noutros casos decorre igualmente perante o Ministério Público, assim como a autorização ou confirmação de outros actos e do conselho de família. Outra competência do Ministério Público, ao nível dos processos especiais, relaciona-se com a nomeação e a destituição de titulares de órgãos sociais e a nomeação incidental de representantes que, após decisão do Ministério Público, pode ser alvo de recurso para o Tribunal.

Ao Ministério Público são igualmente retiradas algumas funções que passam, por exemplo, para os Julgados de Paz. De resto, como afirma o Ministério da Justiça, é procurar extrair o máximo das potencialidades do actual Estatuto que, por si só, já é bastante abrangente[306].

A proposta de redistribuição de competências pelos vários actores judiciais e, em concreto, o Decreto-Lei n.º 272/2001, prevêem que o Ministério Público possa desempenhar novas funções. Este decreto capacita os agentes do Ministério Público para, além das competências que exercem, por exemplo, as acções de suprimento do consentimento dos representantes, a autorização para a prática dos actos, bem como a confirmação de actos em caso de inexistência de autorização[307].

6.2. O parecer da Procuradoria-Geral da República

O parecer elaborado pela assessoria do Procurador-Geral da República, em relação à proposta de redistribuição de competências pelas várias profissões jurídicas, foi assumido na íntegra como a posição oficial deste órgão. O parecer é bastante

[306] As competências previstas para o Ministério Público são do desagrado da Ordem dos Advogados, segundo o seu parecer sobre a redistribuição de competências, por não antever qualquer justificação orgânica ou funcional e por considerar que o Ministério Público deve ser parte igual às demais no processo. Refere-se, contudo, no parecer, que a defesa dos ausentes e incapazes poderia passar para a esfera dos advogados no âmbito do sistema de apoio judiciário, reduzindo-se o Ministério Público a representante do Estado "tão só enquanto possam prevalecer interesses públicos em risco de serem postergados".

[307] O Conselho Superior de Magistratura, no seu parecer sobre a proposta de redistribuição de competências, levanta dúvidas sobre a capacidade do Ministério Público em assumir alguns actos previstos, por considerar que os seus magistrados (procuradores-adjuntos) já estão assoberbados de trabalho e têm um quadro de funcionários subdimensionado.

minucioso, abordando todas as medidas propostas, e não só as referentes ao Ministério Público. Neste ponto, vamos apenas apresentar uma síntese sobre as medidas que se relacionam com as competências do Ministério Público, visto que os comentários relativos às transferências de competências para outras profissões foram inseridos nos respectivos pontos.

A análise da proposta relativa aos processos de jurisdição voluntária foi analisada com detalhe, estando dividido em 13 pontos. Nas propostas relativas às providências referentes aos filhos e aos cônjuges, o parecer considera que se deve ponderar o facto de algumas diligências necessárias poderem estar relacionadas com os direitos e garantias das pessoas e por ser necessário ter presente o princípio da tutela jurisdicional em relação a todas as situações jurídicas. Relativamente à separação ou divórcio por mútuo consentimento, defende que se deve ter em conta o interesse da criança e que, nesses casos, dever caber sempre ao Ministério Público a efectivação de uma investigação sumária a fim de se pronunciar. Nos processos de suprimento e de autorização ou confirmação de outros actos, bem como ao Conselho de Família, o parecer contesta a possibilidade de recurso do Ministério Público para o Tribunal Judicial, por considerar que o Ministério Público faz parte do poder judicial pelo que não é compatível com o Estatuto do Ministério Público.

O parecer contesta ainda a atribuição ao Ministério Público da acção para a nomeação judicial de titulares de órgãos sociais e da nomeação incidental de representantes, no quadro de uma acção determinada. Afirma que são competências alheias à área de intervenção do Ministério Público, sugerindo que, pelo menos, em relação à nomeação incidental os procedimentos devam iniciar-se logo perante o Tribunal Judicial.

6.3. O parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

O Sindicato dos Magistrados do Ministério Público elaborarou um parecer, igualmente sobre a proposta de redistribuição de competências, com quatro pontos inscritos, não levantando quaisquer objecções à estratégia de desjudicialização apresentada e demonstrando uma concordância com o princípio de retirar dos tribunais

os procedimentos que não têm natureza jurisdicional[308]. Assim, as competências propostas para o Ministério Público não levantam nenhuma oposição, visto que não suscitarão dificuldades acrescidas, mesmo em termos de alterações jurídicas.

Conclusões

Neste capítulo descrevem-se algumas das mudanças que as profissões atravessam actualmente e analisa-se a redefinição de noções como profissão e profissionalismo e o surgimento de novas noções como a de pós-profissionalismo. Este conceito implica a combinação de três elementos: a perda de exclusividade profissional; a crescente segmentação da utilização do conhecimento abstracto através da especialização; e o crescimento do uso das novas tecnologias no acesso às fontes de informação. Implica ainda, a transformação das práticas profissionais e dos seus princípios identitários. "Neste novo mundo, os «profissionais» continuarão a ter um papel importante, mas o lugar central das profissões tradicionais decairá. (…) O novo profissionalismo será muito mais dinâmico, reflectindo a velocidade da mudança nos locais de trabalho e acompanhando a procura do mercado" (Kritzer, 1999: 731).

A transformação das profissões jurídicas resulta de três factores principais; a alteração da natureza do trabalho, a transformação dos mecanismos de controlo e autonomia profissional e a globalização da prestação de serviços profissionais. Estas transformações repercutem-se na especialização profissional e na delegação de competências.

As profissões jurídicas são bastantes abrangentes e incluem "velhas" (juizes, advogados) e "novas" (administradores dos tribunais, mediadores) funções. Podemos ainda distinguir entre os juristas, com formação académica em Direito, e as auxiliares da administração da justiça, com prática jurídica, mas sem obrigação de ter tal formação. A distinção efectuada actualmente entre as diversas profissões jurídicas e entre estas e as auxiliares da administração da justiça não é linear, porque actualmente pode haver o

[308] Os juízes, através do Conselho Superior de Magistratura e da Associação Sindical de Juízes Portugueses elaboram dois pareceres genericamente positivos sobre a proposta do Ministério da Justiça de

exercício simultâneo de actividades. A dinâmica profissional, quer de umas quer de outras, depende, em parte, do exercício liberal ou como funcionário público, da profissão, variando, assim, o ritmo e as características das mudanças operadas nos últimos tempos. As transformações das profissões dependentes do funcionamento do mercado têm sido mais rápidas e profundas devido à necessidade de responder às exigências dos clientes e de assegurar a "sobrevivência" profissional. As profissões integradas na administração do Estado, sentem menor necessidade em se adaptarem à mudança das condições de trabalho fora do Estado.

A especialização das profissões jurídicas é uma prática corrente. O processo tem-se vindo a fazer essencialmente através do sistema de prática profissional atravessando as "profissões liberais" e as "profissões públicas", acompanhando a especialização, por exemplo, dentro dos tribunais e das conservatórias. Isto implica, não só a adaptação das empresas e do mercado jurídico, mas igualmente a introdução de mudanças no sistema de ensino universitário e de formação profissional, procurando responder às novas necessidades. O trabalho passa a estar organizado de uma forma estandardizada e repetitiva, com uma separação das tarefas e actividades, desconstruindo um trabalho com um alto grau de complexidade. A estruturação das próprias profissões tem de ser repensada no sentido de relacionar a evolução na carreira com o tipo de trabalho desempenhado e a especialização com a divisão do trabalho jurídico.

A multidisciplinaridade é outra vertente da redefinição das práticas jurídicas, do controlo profissional e do tipo de associação empresarial que estes profissionais assumam. A integração de novas profissões jurídicas e o recurso a outras não jurídicas (economistas, assistentes sociais, etc.) tem permitido alterar quer os métodos de trabalho quer mesmo o seu conteúdo. Neste sentido, aumenta-se a complexidade da análise e reforça-se a argumentação. No entanto, dilui-se a relação directa entre o jurista e "o cliente" e passa a haver um relacionamento adaptado às várias "especialidades" (jurídicas ou não) que determinado assunto envolve.

A transformação da prestação de serviços jurídicos alterou as relações profissionais. Assistimos a uma redução dos profissionais liberais em favor de empresas

redistribuição das competências.

com cada vez mais juristas assalariados, subcontratados ou em prestação de serviços. A concentração e globalização dos serviços jurídico-legais designadamente em empresas multinacionais é um outro sinal da transformação da prestação de serviços jurídicos.

As novas tecnologias vieram introduzir novos modos de trabalho e comunicação dentro das profissões jurídicas entre estas e os seus clientes e os tribunais. Permite-se, assim, introduzir novos métodos de pesquisa, a custos mais baixos, assim como potencia a existência de filiais ou acordos de parceria entre empresas ou serviços geograficamente distantes. Esta mudança acompanha a renovação das gerações, visto não ser fácil para as gerações mais antigas acompanharem o rápido desenvolvimento dos meios tecnológicos. A reformulação dos métodos de trabalho e uma nova divisão das tarefas desempenhadas pelos vários profissionais envolvidos é outra das vertentes que as novas tecnologias impõem no mundo do direito. Por fim, as novas tecnologias vieram permitir uma maior aceleração processual, diminuindo o tempo jurídico de cada acção. Naturalmente, surgem os modelos de procedimentos que aceleram a realização das tarefas mais rotineiras, facto que contribui para um potencial aumento da litigação, visto que o custo unitário de cada processo, mais comum, baixa.

A transformação das profissões jurídicas tem permitido alargar o leque de serviços prestados, nomeadamente ao nível da resolução de conflitos extrajudiciais. A expansão de serviços jurídicos de características distintas, consoante os objectivos e os países em que se desenvolvem vem introduzir novos elementos na reconfiguração das profissões. O alargamento do leque de entidades prestadoras de serviços jurídicos, públicas ou privadas, vai permitir a existência de profissões jurídicas características diferenciadas em função das habilitações do profissional, da natureza da entidade e dos objectivos prosseguidos.

As profissões jurídicas tradicionais viveram, de facto, e durante muitos anos, uma grande estabilidade identitária, visto que o exercício da profissão pouco se alterou. No entanto, a rapidez das transformações verificadas nas últimas décadas obrigou as profissões jurídicas, voluntária ou involuntariamente, a adaptarem os seus estatutos e práticas profissionais às novas realidades. A renovação identitária deve-se a vários factores, alguns deles já abordados atrás, e entre os quais destacamos sinteticamente os seguintes: a) a complexificação profissional, em virtude do surgimento de novas

profissões na área jurídica; b) a alteração das competências profissionais devido quer à evolução das mecanismos judiciais quer extrajudiciais de resolução de litígios; c) a integração de juristas num leque muito abrangente de entidades públicas, privadas ou associativas; d) a crescente especialização profissional, de forma a responder melhor às exigências do mercado e à racionalização dos métodos de trabalho; d) a integração em equipas multidisciplinares, obrigando à partilha de saberes e à divisão de tarefas, para atingir objectivos comuns; e) o aumento da diversidade do tipo de prestação de serviços, desde o contrato a termo certo à consultoria, passando pela integração dos quadros de pessoal, como é o caso da administração pública; f) a necessidade de adquirir novos conhecimentos em áreas tão diversas como, por exemplo, a informática, a gestão, a economia, o ambiente ou o consumo; g) as várias formas de organização profissional (sindicatos, ordens, câmaras, etc.), de organização empresarial e de associativismo.

As profissões envolvidas na resolução de litígios, de modo formal ou informal, estão igualmente, em Portugal, num processo de grande transformação. Referimo-nos não só a profissões jurídicas mas também a um conjunto de actividades desenvolvidas por profissionais não juristas, e que tem vindo a permitir desenvolver toda uma série de mecanismos de resolução de litígios de modo extrajudicial. O desenvolvimento das profissões está assim relacionado com uma reorganização de competências legais, através de uma descentralização de competências antes concentradas, essencialmente, nos tribunais e nalgumas profissões jurídicas. Algumas destas novas profissões são cada vez mais (re)conhecidas, bem como as suas actividades: mediadores, árbitros e conciliadores. No entanto, o seu desenvolvimento em alguns países, como Portugal, só agora começa a ser estimulada e a ganhar uma maior visibilidade ou importância.

A proposta do Ministério da Justiça de redistribuição das competências jurídicas pelas várias profissões jurídicas, bem como a criação de outros serviços de resolução de litígios, vem confirmar a aposta na revalorização profissional, não só das profissões tradicionais, mas também das novas profissões que estas medidas contemplam.

A necessidade de encontrar as soluções que melhor se adaptem à necessidade de uma justiça eficaz e em tempo útil, e que pode passar pelo recurso a novos mecanismos de resolução de conflitos, é relativamente consensual entre os profissionais do direito em Portugal. No entanto, a redistribuição de competências por velhas e novas

profissões, desjudicializando certos procedimentos e transferindo-os para outras profissões, e introduzindo novos profissionais que auxiliem o exercício da justiça está a provocar diferentes reacções e a originar uma reconfiguração das profissões jurídicas em Portugal. Por um lado, temos as profissões tradicionais, como os advogados, conservadores, notários, juízes, magistrados do Ministério Público e solicitadores. Por outro, temos as "novas" profissões, algumas sem obrigatoriedade de formação em direito, nomeadamente os juízes de paz, mediadores, assistentes judiciais, administradores dos tribunais, solicitadores de execução e oficiais de execução.

Esta estratégia de intervenção no sistema judicial tem a vantagem de criar uma múltipla rede de mecanismos de resposta à natureza cada vez mais complexa da procura, e para a qual o sistema existente não estava preparado. A estratégia de reforma do sistema judicial acompanha, assim, o ritmo da transformação das profissões jurídicas, influenciando-o. Em Portugal, pela análise das tendências de transformação das principais profissões, advogados, notários e conservadores, é possível concluir que estas profissões tem procurado adaptar-se a este processo, embora nem sempre concordando com as medidas adoptadas. Deste modo, as estratégias profissionais tem adoptado mais um cariz corporativo, procurando extrair maiores benefícios das mudanças, do que se preocupado com o funcionamento global do sistema. O ritmo das mudanças destas profissões depende, tanto de factores endógenos como de factores externos, sendo que os advogados, por serem uma profissão liberal, demonstram um maior dinamismo na adaptação às novas realidades do mercado, sociais e judiciais, sem no entanto deixarem de exigir a manutenção, em regime de exclusividade, das actuais competências e procurando mesmo alargá-las, o que obriga a uma alteração das práticas profissionais e, por conseguinte, da identidade profissional. Em Portugal coexistem diversos modelos de advocacia entre o advogado "solitário" e a grande empresa de advocacia. Os notários e conservadores, por seu lado, devido ao regime público de exercício profissional, demonstram uma menor capacidade reivindicativa e, até pelo seu número mais reduzido, uma menor capacidade negocial. As transformações porque que atravessam são assim de menor dimensão e restringem apenas a um determinado número de competências. Logo, existe uma maior estabilidade profissional, quer ao nível das práticas quer aos princípios organizativos e identitários. Os notários constituem um caso paradoxal no âmbito da transformação das profissões jurídicas

portuguesas, visto que, por um lado, clamam pela liberalização da profissão e assunção de novas competências que possibilitem a sustentatibilidade e revalorização profissional, mesmo em termos identitários, mas, por outro lado, opõem-se à recente transferência de competências vindas, essencialmente, dos tribunais por considerarem que são alheias à profissão e, portanto, não se inserem na sua formação específica.

As profissões estrangeiras analisadas, designadamente os *procuradores* em Espanha, os *legal executives* na Grã-Bretanha, os *huissiers de justice*, os *conciliateurs de justice* e *médiateurs de justice*, estas últimas em França, são exemplos de profissões auxiliares na administração da justiça, com distintas competências e estatuto sócio-profissional. Assim, constata-se que cada sistema judicial procura criar as profissões que melhor se adaptam à realidade jurídica e social do país. As características que possuem podem ser aplicadas, em termos comparativos, a vários outros sistemas, embora devam ser adaptadas em função das necessidades de cada caso. É o caso da criação dos solicitadores de execução em Portugal, a partir dos solicitadores, e um pouco à imagem dos *huissiers de justice*. Esta opção, justificada em termos de possibilidades de mercado e de operacionalidade do processo de execução português, procura conciliar a transformação de uma profissão com a transferências de competências e, em simultâneo, a resolução de um problema existente no nosso sistema judicial. Análise semelhante podemos efectuar no caso da criação da profissão de mediador em Portugal, na sequência da criação do Gabinete de Mediação familiar e dos Julgados de Paz.

A reforma da administração da justiça, nesta área, deve aprofundar-se através das seguintes duas áreas estratégicas. A primeira passa pela formação dos actuais profissionais do sistema, magistrados e funcionários, procurando melhorar as suas aptidões para uma justiça diferente, transparente, menos burocrática e mais próxima dos cidadãos, através da possibilidade de realização de tarefas relacionadas com a mediação, conciliação ou, simplesmente, a colaboração com outras entidades que aplicam técnicas mais informais, como, por exemplo, entre o Tribunal de Família e Menores de Lisboa e o Gabinete de Mediação Familiar, especialmente, em casos de regulação de poder paternal. A segunda refere-se à criação de novas funções no âmbito dos tribunais, procurando racionalizar e modernizar os actos praticados. Neste sentido vai a criação,

nomeadamente das figuras do assistente judicial, com a missão de desempenhar algumas das tarefas mais rotineiras e simples da competência de juizes e magistrados do Ministério Público, e do administrador de tribunal, procurando melhorar a produtividade dos tribunais através de uma gestão mais racional e eficiente dos meios disponíveis.

O Ministério Público português é, igualmente, um actor importante no processo de desjudicialização lançado pelo Ministério da Justiça. As suas competências abrangem actualmente, e para além da sua principal área de intervenção que é a penal, a defesa dos incapazes, incertos e ausentes, o exercício do patrocínio oficioso dos trabalhadores, das famílias e dos menores, a defesa dos interesses colectivos e difusos. A proposta de redistribuição de competências pelos vários actores judiciais e, em concreto, o Decreto-Lei n.º 272/2001, prevêem que o Ministério Público possa desempenhar novas funções, designadamente ao nível: da separação ou divórcio por mútuo consentimento, com a obrigatoriedade do Ministério Público ser notificado do acordo alcançado; do suprimento do consentimento, que passa a decorrer igualmente perante o Ministério Público, assim como a autorização ou confirmação de outros e do conselho de família; dos processos especiais, relacionados com a nomeação ou destituição de titulares de órgãos sociais e a nomeação incidental de representantes. O papel desempenhado no acesso dos cidadãos à justiça leva-nos a considerar que as potencialidades desta magistratura, no âmbito da transformação do paradigma judicial que se pretende implementar, ainda não foram atingidas. Podemos concluir que a evolução das profissões jurídicas não ocorre da mesma forma nos diferentes países. Como afirma Halperin (1994: 115): "A modernização obedece igualmente aos ritmos próprios de cada país e de cada profissão. Enfim, apesar das semelhanças nas evoluções contemporâneas, não existe um modelo único e privilegiado de modernização destas profissões. A história das profissões jurídicas aparece, na sua dimensão comparativa, como uma história complexa e não unívoca onde a tradição e a modernidade se entrelaçam constantemente". E perante fenómenos de reforma de justiça e de globalização, também as profissões jurídicas se encontram perante um desafio: centrados tradicionalmente numa visão etnocêntrica e estatocêntrica do mundo jurídico têm dificuldades em se adaptar a espaços que não sejam estritamente judiciários locais ou globais, que aliciam alguns e atemorizam a maioria, provocando, como refere

Moréteau (1999), uma verdadeira angústia no jurista. Este desafio vai exigir das profissões uma capacidade de reacção às transformações, uma superação da actual "crise" identitária e o encontrar de novos caminhos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES

O estudo que agora vos apresentamos, tem como único objectivo abrir caminhos exploratórios de reflexão e acção na reforma da administração da justiça em Portugal, com o recurso à análise de experiências internacionais relatadas na bibliografia citada. Ensaiamos a construção de um quadro teórico de um sistema integrado de resolução de litígios, em que os Tribunais não são o único recurso de uma política pública de justiça, mas integram uma nova relação (alternativa, complementar e/ou substitutiva) entre o judicial e o não judicial. Esse novo modelo de justiça, que integra diversos meios de resolução de litígios, deve ser construído de modo a ser mais democrático, mais acessível e mais eficiente. No levantamento desses caminhos efectuámos, por um lado, um roteiro da informalização e da desjudicialização dos litígios privados e laborais – excepto o consumo, que foi objecto de um nosso estudo anterior – e analisámos a transformação da justiça penal, com o aparecimento de um novo paradigma de diversão, descentralização, consenso e oportunidade. Por outro lado, estudámos o (re)nascimento da Justiça de Paz e a transformação das profissões jurídicas em função da evolução das sociedades e das reformas da administração da justiça, que se encontram em curso. Eis as principais conclusões:

1. O direito, o sistema jurídico e o sistema judicial encontram-se num processo acelerado de transformação, que varia em cada sociedade em função do seu desenvolvimento económico e social, da cultura jurídica, das transformações políticas e do consequente padrão de litigação decorrente do tipo de utilizadores dos tribunais judiciais e da relação entre a procura potencial e efectiva da resolução de um litígio no sistema judicial. Estes processos de transformação apontam em simultâneo por diversos caminhos. Por um lado, avança a "juridificação" e a "judicialização" da vida em

sociedade, com a expansão do direito a outras áreas da sociedade e com a chegada a tribunal de "novos" litígios oriundos da sociedade ou do mercado. Por outro lado, desenvolve-se uma tendência para a desjuridificação, para a informalização e para a desjudicialização da resolução de litígios.

2. Através de uma leitura da evolução da litigação nos Estados Unidos e em Portugal, podemos concluir que, apesar do crescimento dos meios e de algumas reformas moderadoras, a litigação cresceu exponencialmente nos tribunais, incapacitando-os de satisfazer a procura de justiça. Este processo é complexo, mas pode salientar-se, designadamente para a sociedade portuguesa, que estamos perante o crescimento da "litigação de massa" de empresas que são litigantes frequentes e que para cobrar as suas dívidas colonizam a justiça cível e penal.

Este desajustamento entre a procura e a oferta do sistema judicial e a concentração da litigação em litígios sem conflito ou de baixa intensidade têm sido, em grande parte, os responsáveis pela ineficiência, inacessibilidade e morosidade dos tribunais, abafando e banalizando o desempenho do sistema judicial. A esta crise da justiça os governos têm respondido com quatro tipos de reformas: a de alocação de "mais recursos"; a "tecnocrática e gestionária"; a de "inovação e tecnologia"; e a da "informalização e desjudicialização".

3. O movimento de reformas de administração da justiça de natureza informal e desjudicializadora inclui-se num processo complexo de juridificação e desjuridificação das sociedades modernas e revela uma permanente ambivalência. Umas vezes é de iniciativa do Estado, outras vezes tem origem na comunidade. Ora é uma justiça de "segunda classe", ora é uma justiça mais próxima dos cidadãos. Ou ainda, tanto tem como função "descarregar" os tribunais da "litigação de massa" e melhorar o seu desempenho (cobrança não judicial de dívidas) como desenvolve uma perspectiva de integração social, reduzindo tensões sociais, criando solidariedades através da participação dos cidadãos e promovendo o seu acesso ao direito e à justiça.

A informalização da justiça assenta, por um lado, na criação de uma "justiça alternativa ou informal" decorrente do movimento *Alternative Dispute Resolution* (Resolução Alternativa de Litígios), em regra oriundo das organizações sociais e económicas – de natureza plural quantos aos meios, processos, e litígios que resolve – e

no desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação e negociação e da "justiça em comunidade". Por seu lado, a desjudicialização consiste na simplificação processual e no recurso a meios informais para acelerar ou melhorar o desempenho dos processos judiciais; na transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais e na transferência de competências de resolução de litígios para "velhas" ou "novas "profissões jurídicas ou de gestão/resolução de conflitos.

4. Desde os anos 60/70 que se assiste a uma reconfiguração do sistema de resolução de litígios com a perda da "exclusividade" dos Tribunais em função destas duas pressões convergentes, mas por vezes contraditórias. A pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é, assim, a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua resolução. Assim, o acesso à justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu litígio e para a defesa dos seus direitos. Ora, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade. A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta, mesmo que subtilmente, pelas estruturas sociais, mas corresponda, pelo contrário, ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos seus direitos. No entanto, a limitação do acesso aos tribunais judiciais poderá ser permitida para os "litígios de massa", ou de "baixa intensidade" ou em que não há um verdadeiro conflito. Com fundamento no interesse público ou na repartição do ónus do risco social, o Estado, as empresas ou outras organizações devem assumir o custo/risco do seu direito naqueles litígios não ser tutelado judicialmente como contributo para que os tribunais judiciais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja *ratio* seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.

5. Neste sistema de resolução de litígios que os Estados e as sociedades estão a construir, reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, desenvolvem-se as parcerias entre o público, a comunidade e eventualmente o mercado e assume-se um novo modelo de justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios, em que a pluralidade dos ADR tanto pode consistir em alternativas aos tribunais judiciais

(resolvem litígios que os tribunais também dirimem) ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal) ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para estes meios).

O novo sistema integrado de resolução de litígios, tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado "pluralismo jurídico e judicial", ou seja, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para dirimir litígios. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo todo o movimento ADR, constituem, assim, caminhos da reforma da administração da justiça desde que defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito. Só deste modo esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática.

6. Os conflitos sociais relativos à família, às relações entre vizinhos, às transacções económicas e ao endividamento dos consumidores, são bons exemplos de que as sociedades desenvolveram, através de processos de informalização ou de desjudicialização, uma panóplia de meios não judiciais para a sua resolução, desde a autocomposição, passando pela mediação e pela conciliação, até à arbitragem e a alguns meios híbridos próximos do modelo jurisdicional deixando os tribunais para instância sociológica (ou mesmo jurídica) de recurso, para protecção das situações de desigualdade social entre as partes e para as situações que o ordenamento jurídico considera de direitos indisponíveis, ou seja, aquelas sobre as quais a protecção de um interesse público não permite a transacção. Esses meios podem ser agrupados em dois tipos: o adjudicativo e o negocial ou consensual. A arbitragem e alguns meios híbridos próximos do modelo jurisdicional são exemplos do primeiro tipo, em que uma terceira parte independente dos litigantes produz uma decisão que abrange as partes. A conciliação e a mediação são um bom exemplo do outro tipo, que se baseia num processo de negociação.

7. A mediação em sentido amplo (inclui a conciliação) é apresentada como um processo informal de regulação de conflitos, o que não impede que se assemelhe a um verdadeiro ritual, respeitando certo número de regras como a neutralidade, a confidencialidade, certo formalismo na organização dos encontros que marcam as diferentes fases na procura de uma solução. A mediação não é apenas uma técnica de

gestão dos conflitos, mas uma nova forma de acção que anuncia novas formas de coordenação das relações dos actores entre si. Os que defendem apenas a mediação directa seguem uma racionalidade instrumental, isto é, preocupam-se com um certo tipo de resultado. Se há mediações de tipo instrumental, designadamente no domínio penal, outras há, sobretudo no âmbito social, que apelam a outras formas de racionalidade, mais comunicacionais.

O processo de mediação assenta numa lógica de "desconstrução-reconstrução", ou seja, implica a passagem de uma fase de "separação" antes da "reconstrução" da relação social. Trata-se, para os mediadores, de fazer ressaltar tanto os pontos de desacordo como os de acordo, não estando em causa reduzir esse desacordo, antes viver com ele. Ao longo da fase de separação, o papel dos mediadores é criar uma distância, abrir espaço para o diálogo, para as trocas de toda a natureza que favorecem a identificação das partes, a análise dos problemas. A mediação é, antes de mais, um processo comunicacional, difícil de apurar a partir de dados apenas quantitativos. Para avaliar a mediação como modo de gestão de conflitos, há que comparar as taxas de sucesso mas atender também a outros critérios, como o grau de satisfação das partes, a taxa de reincidência em matéria penal ou razões económicas, como o custo da mediação.

8. A única característica totalmente comum às várias formas de resolução de litígios privados e laborais é a sua "extrajudicialidade". A diversidade é muito grande, não reside só nas diferentes formas de composição de litígios – negociação assistida (conciliação e mediação), heterocomposição não judicial (arbitragem) – nem sequer na diversidade dos litígios, mas também na diversidade de espaços de intervenção (transnacional, nacional e local). Os promotores dos meios alternativos de resolução de litígios vão de entidades transnacionais (Câmara de Comércio Internacional) ao Estado (entidades administrativas e autarquias) e às organizações sociais da comunidade e do mercado. Por seu turno, os meios vão desde a autocomposição, a negociação assistida, a arbitragem, aos meios híbridos de resolução de litígios próximos do modelo judicial. Em algumas áreas de litigação (trabalho, família, etc.), os procedimentos não judiciais interpenetram-se previamente ou dentro do processo com os procedimentos judiciais de

resolução desse litígio. Noutras áreas (transacções económicas), os meios e os procedimentos são de natureza exclusivamente privada.

A negociação, a conciliação e a mediação têm, claramente, por um lado, um espaço de retórica – decisão negociada – muito superior à arbitragem em que a solução seja imposta – a adjudicação. Por outro lado, os ADR, em função da sua natureza, dos seus promotores e do seu financiamento, são mais ou menos institucionalizados e, consequentemente, têm uma maior ou menor vocação de durabilidade.

9. Estes meios alternativos de resolução de litígios ainda são emergentes, em Portugal, relativamente a alguns litígios e encontram-se em fase de experiência, sendo ainda de alcance limitado para a procura de resolução de litígios existente na sociedade portuguesa. No entanto, regista-se o papel dinamizador e promotor que o Conselho da Europa tem tido na assunção e desenvolvimento, nos países-membros, das instâncias de resolução de litígios alternativas (substitutivas e complementares) aos tribunais.

10. A reforma da justiça não pode ignorar a alteração das estruturas familiares tradicionais, de que é exemplo o aumento de uniões de facto, famílias monoparentais e um maior número de filhos fora do casamento. Um conflito familiar é algo extremamente complexo. Reduzi-lo apenas ao seu aspecto jurídico, deixa de fora toda uma panóplia de aspectos que poderão implicar o incumprimento de acordos judiciais. O processo judicial é pouco favorável à participação directa e activa dos interessados na resolução das questões familiares. Uma alternativa à rigidez jurídica será a resolução de conflitos familiares através da mediação. Em pouco tempo, este método estendeu-se ao Canadá e a todos os países anglo-saxónicos, designadamente a Inglaterra, tendo aumentado a sua importância na Europa durante os anos 80, em diversos países, tais como França, Áustria, Alemanha, Bélgica, Itália, Espanha, Andorra, Suécia, Noruega, Finlândia, Polónia e Eslovénia. Em Portugal, a mediação familiar dá os seus primeiros passos.

11. Os conflitos entre vizinhos, na comunidade ou na escola, são também um campo privilegiado para a intervenção da mediação. Este modelo repousa na complexidade e diversidade da vida social, encorajando o desenvolvimento de modos descentralizados de regulação de litígios, nomeadamente no quadro de entidades sociais não estatais, como os que referenciámos para os países anglo-saxónicos e para França.

Por vezes, os mediadores são oriundos da própria comunidade, transmitindo, deste modo, a ideia da existência de uma espécie de Tribunal comunitário informal cujo objectivo é a prevenção de conflitos em relações interpessoais.

12. O *mundo dos negócios* encara cada vez mais a arbitragem *ad-hoc* ou institucional como um meio privilegiado para a resolução de litígios, enquanto os advogados da área comercial têm vindo a considerá-la, cada vez mais, como uma ajuda ao crescimento das transacções comerciais. Decisiva para esta situação tem sido a acção levada a cabo por organismos privados, alheios ao sistema dos tribunais judiciais e que registaram, na década de 80, um crescimento significativo em todo o mundo, tornando-se a mediação e a arbitragem, no final da década de 90, meios comuns para a resolução de conflitos comerciais transnacionais (ex: Tribunal Arbitral da CCI), internacionais (ex: Regulamento da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) e estaduais (Centros de Arbitragem Comercial ou do Mercado de Valores Mobiliários).

13. É sobretudo na área laboral que a instituição judiciária nunca deteve o monopólio da regulação de conflitos. Aí, sempre subsistiram modos alternativos de regulação dos conflitos de trabalho, como os "organismos disciplinares" nas empresas e, sobretudo, a mediação e a arbitragem. O declínio do sindicalismo, a alteração de um certo poder hierárquico, aliado a uma demanda de participação mais activa dos trabalhadores nas empresas, conduziu a uma modificação das políticas sociais baseadas numa descentralização de processos de negociação, no desenvolvimento da comunicação, na criação de novas estruturas de mediação. A experiência francesa da jurisdição dos *Prud'hommes* e a britânica da *Advisory Conciliation and Arbitration Service* (ACAS) são bons exemplos das referidas estruturas. Em Portugal, existe um único centro de arbitragem de litígios laborais, nos Açores, no âmbito do Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho que, segundo as estatísticas disponíveis, tem efectuado um número anual de processos de conciliação superior ao dos processos judiciais intentados nos Tribunais de Trabalho com competência na referida região autónoma.

14. Por último, no âmbito dos litígios privados e laborais, analisámos o endividamento. A ideia fundamental é considerar que o sobreendividamento deve ser

abordado, não como uma questão judicial, mas antes como um verdadeiro problema social, razão pela qual se deverá optar por soluções extrajudiciais, como seja a mediação independente em detrimento de respostas judiciais. A mediação constitui uma actividade de intermediação entre os credores e o devedor para a renegociação dos contratos, é uma solução informal, mais flexível e vocacionada para se organizar de forma interdisciplinar. A intervenção dos tribunais deve funcionar como um recurso.

Nesse sentido o Observatório Permanente de Justiça Portuguesa (OPJP) efectuou oportunamente uma proposta de rede de serviços especializados no fornecimento de elementos informativos e na resolução através de mediação negociada das situações de insolvência das pessoas singulares, denominadas Centros de Informação e Mediação de Dívidas.

15. A lei criminal é a instância primária de selecção e de controlo da delinquência, através dos movimentos da descriminalização e da neocriminalização. Aparentemente, o monopólio do Estado em relação à acção penal está a recuar - isto é patente na diminuição de crimes públicos, na introdução, ainda que discreta, do princípio da oportunidade e nos poderes acrescidos reconhecidos aos sujeitos privados do processo penal.

Pode falar-se de um paradigma emergente, cuja ideia fundamental é a não intervenção, apelando aos movimentos da diversão e da descriminalização. A diversão é o correlato adjectivo da descriminalização, e, por tal, os seus resultados devem ser analisados no quadro da política processual penal. Ora, o movimento da diversão (desjudicialização penal) desenvolve-se através da consagração do princípio da oportunidade, da emergência da mediação penal e da previsão legal e aplicação das penas alternativas à prisão.

16. No sistema português vigora o princípio da legalidade, mas a lei tem vindo a consagrar afloramentos do princípio da oportunidade. Permite-se, assim, dado o aumento da criminalidade no sistema penal, dar respostas expeditas à pequena criminalidade, através de soluções de consenso e de oportunidade. Estes meios são características sobretudo do modelo anglo-saxónico, que parte da concepção do direito penal como um processo de partes, sendo a comunidade o demandante e o arguido o demandado. Assim, a acção penal, em qualquer tipo de crime, está na disponibilidade

do autor, que pode desistir ou transigir com o arguido, tendo em conta os fins ou interesses que pretende atingir ou defender – o consenso, a segurança, a paz social, a confiança da comunidade nas instituições. É um modelo tipicamente privatista do processo penal, adquirindo enorme relevo a negociação entre as partes (*plea bargaining*).

17. Todos os sistemas penais admitem uma área na qual a intervenção do Estado é limitada, quer pela vontade da vítima – crimes semipúblicos – quer por considerações de oportunidade. Isto demonstra que todos os sistemas necessitam de válvulas de escape, não apenas para descongestionar os tribunais, mas também para aliviar o confronto entre a sociedade e o delinquente. Numa sociedade, o grau de liberdade afere-se também pelo relevo que assume o princípio da intervenção mínima.

18. O processo judicial não é a técnica única e universal para solucionar os diferendos. Os primeiros impulsos de reintrodução da mediação penal surgiram nos EUA, nos anos 60, por iniciativa de organizações tanto de cariz religioso como laico, no âmbito da introdução do denominado movimento ADR. A mediação penal é uma realidade plural, encontra-se em diversos domínios sociais. Distingue-se da conciliação judiciária, da negociação e da arbitragem, que são outros modos não jurisdicionais de resolução de litígios. Situa-se num nível intermédio entre a negociação e a arbitragem. A sua característica essencial é que implica a intervenção de uma terceira pessoa neutra. A mediação instituída no âmbito penal pode ser vista numa dupla perspectiva. É uma técnica de resolução de conflitos que se pretende construtiva para a vítima e para o agente da infracção e revela, por outro lado, uma nova maneira de pensar a justiça penal. A mediação penal, reavaliando a questão das vítimas e instaurando uma reacção social mais positiva para com o delinquente, responde a certos reparos dirigidos à justiça penal. Demonstra a aplicação prática de uma nova racionalidade penal, a denominada justiça restaurativa - a mediação não visa apenas resolver um litígio, mas também reconciliar as partes.

19. As formas e os modelos de mediação penal nos diversos países são directamente influenciados pelos sistemas de regulação social. O sistema francês baseia-se em instrumentos de regulação centralizados, funciona de acordo com um modelo hierárquico, apela a uma concepção do direito muito regulamentadora, enquanto o

sistema americano é mais descentralizado e contratual. Pode dizer-se que os franceses têm o culto da lei e os americanos o culto da negociação.

20. O Estado, a Igreja, as comunidades e as organizações sociais têm promovido a informalização e um novo paradigma da justiça penal baseado no consenso e na reparação dos ofendidos. O conceito de justiça restaurativa consiste, assim, numa forma inovadora de responder à criminalidade. É uma forma nova de abordar o conflito, pois promove uma nova aproximação ao crime e ao conflito. É uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a colectividade a reparar, de forma colectiva, o mal que foi causado. Este novo paradigma atraiu a atenção de muitos reformadores. Em pouco tempo tornou-se a palavra de ordem daqueles que desejam oferecer soluções alternativas à prática jurídica tradicional. Aplica-se, assim, a noção de justiça restaurativa a qualquer prática que se processe fora do quadro judiciário. É uma resposta centrada no crime, que encontra soluções para os mais directamente atingidos – a vítima, o agressor, as suas famílias, os representantes da comunidade – responderem ao prejuízo causado pelo crime, bem como às suas repercussões futuras. Encoraja a colaboração e reintegração, mais do que a coerção e respeita todas as partes, incluindo vítimas, agentes do crime, operadores de justiça. Pretende estabelecer ou restabelecer a igualdade social. Funciona rapidamente, permite a todos os cidadãos uma participação na administração da justiça. O mais recente movimento de justiça restaurativa, nos sistemas de direito penal ocidental, surgiu no início dos anos 70, no Canadá, promovendo, entre outras medidas, a reparação do crime, programas de intervenção junto das vítimas, conferências familiares em grupo e mediação entre as vítimas e o agente do crime.

21. O Código Penal de 1982, com a reforma de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), embora tivesse intuitos de agravação das penas de alguns crimes mais graves, também pretendeu "valorizar a pena de multa e outras reacções não detentivas na punição da pequena e média-baixa criminalidade, de modo a optimizar vias de reinserção social do delinquente" e "alargar os casos em que o procedimento penal depende de queixa, designadamente nos crimes contra o património" (Lei de Autorização n.º 35/94, de 15 de Setembro). Ora, este alargamento dos crimes semipúblicos, a que acrescem os crimes particulares e a nova legislação, do corrente

ano, sobre consumo de drogas, constituem um espaço promissor de desenvolvimento de formas de consenso e mediação penal em Portugal.

O espaço de consenso entre o ofendido e a vítima nos crimes semipúblicos e particulares, encontra-se exclusivamente deixado "às partes" e, quando muito, ao papel facilitador que os advogados e os magistrados do Ministério Público e Judiciais podem desenvolver, no sentido de promover o seu entendimento através de um acordo extrajudicial e consequente desistência de queixa e sua aceitação ou abstenção de acusação, de modo a extinguir o respectivo procedimento criminal. Um eventual novo alargamento na lei penal dos crimes semipúblicos e a institucionalização de um serviço de mediação penal junto dos tribunais (a iniciar-se a título experimental) poderia permitir que os ofendidos e as vítimas consensualizassem a solução para o seu litígio, evitando a instrução de um processo crime ou a sua chegada a julgamento. Teríamos uma justiça mais próxima e mais célere para estes litígios, o que deixaria os tribunais judiciais com mais capacidade para a instrução e julgamento mais célere dos crimes mais graves (crimes públicos).

22. A diversão ou desjudicialização penal é uma das funções da lei processual penal, que se encontra consagrada de forma moderada no Código de Processo Penal de 1987, apesar do crescimento da sua importância na reforma de 1998 (suspensão provisória do processo – artigo 280.º; arquivamento do processo – artigo 281.º; processo sumaríssimo – artigo 392.º). A retórica do legislador vai no sentido de aprofundar os afloramentos do princípio da oportunidade, mas na prática judiciária o recurso aos referidos procedimentos é de escassíssima utilização. Admite-se que, se as situações que permitem a suspensão ou arquivamento dos processos fossem entregues a um serviço de mediação penal, a sua utilização seria muito mais intensa, até por razões de construção da identidade profissional dos mediadores.

23. Neste actual quadro de consensualismo, a prisão é a *ultima ratio*, são várias as penas de substituição previstas. As penas alternativas à prisão aparecem, assim, em Portugal, no Código Penal de 1982. Como já referimos noutros trabalhos, a magistratura portuguesa foi (e continua) relativamente imune ao uso das penas alternativas à prisão (admoestação, prestação de trabalho a favor da comunidade, prisão por dias livres, regime de prova, medidas especiais para jovens e dispensa ou isenção de pena),

introduzidas no Código Penal de 1982, apesar das alterações legislativas de 1995. Assim, as penas aplicadas restringem-se às penas clássicas de multa ou prisão (efectiva ou suspensa). As penas alternativas continuam, em 2000, quase vinte anos depois da sua introdução, a representarem cerca de 2% do total das penas aplicadas, a que deverão acrescer, depois da reforma de 1995, os 3% de penas de prisão suspensa com sujeição a deveres e a regras de conduta. Continua, assim, a ter actualidade a afirmação de Maria Rosa Crucho de Almeida (1995: 35) "a percentagem de aplicação destas [penas alternativas] mostra que ela tem funcionado mais como sinais desgarrados de uma política punitiva menos tradicional do que como recursos disponíveis convincentes e efectivos do sistema".

24. A origem dos Julgados de Paz é incerta, remonta aos tempos em que o juiz e o juiz de paz eram eleitos, entre si, pelos homens bons do concelho. Desde a sua criação e ao longo da sua história, tiveram por finalidade principal dotar a comunidade de uma alternativa de resolução pacífica dos conflitos de menor complexidade. Procedemos a uma breve análise das experiências de Julgados de Paz existentes em Espanha, em Itália e no Brasil, no contexto da análise do processo de (re)nascimento dos Julgados de Paz em Portugal.

25. Em Espanha, em 1985, surgiu a *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 6/1985 (LOPJ), que operou uma reestruturação total dos órgãos judiciais a nível nacional e municipal, entre a qual a transferência de diversas competências para os Julgados de Primeira Instância e para os Julgados de Paz, que passaram assim a constituir o primeiro grau de jurisdição. Os juízes de paz são juízes leigos, não profissionais, que desempenham funções jurisdicionais sem pertencerem à carreira judicial, apesar de enquanto exercem o seu cargo estarem sujeitos ao regime de incompatibilidades e proibições da carreira judicial. A LOPJ atribuiu aos juízes de paz, funções, em matéria cível e penal, competências na área do Registo Civil e no exercício de funções de auxílio judicial ou de cooperação com os órgãos jurisdicionais.

26. Alejandro Giraldo López elaborou um estudo, no qual analisou os Julgados de Paz no País Basco. Assim, sabe-se que, em 1998, havia 238 juízes de paz em todos os municípios que não tinham juiz ordinário. Dos juízes de paz do País Basco, 74,4% eram homens, 26,3% eram pensionistas, 67,3% apenas haviam frequentado a instrução

primária e a média de idades situava-se nos 48,6 anos. Entre os juízes de paz com menos de 31 anos, só 20,7% tinham apenas frequentado o ensino primário, enquanto que 55,2% já eram licenciados em direito. E entre os juízes de 45 a 57 anos, 83,9% apenas tinham os estudos primários. Nos municípios com menos de 7.000 habitantes, só 13,1% dos juízes eram licenciados, enquanto que nos municípios com maior número de habitantes, 39,4% dos juízes de paz já eram licenciados. Nos municípios mais populosos pretende-se, assim, um juiz de paz licenciado em direito, que dedique suficiente tempo ao cumprimento das suas funções e que receba um salário que permita prescindir de outro trabalho remunerado.

27. Os juízes de paz, em Espanha, apresentam com frequência queixas relativas à falta de coordenação entre as instituições que devem alocar os recursos aos Julgados, pois estes dependem de três organismos distintos quanto aos recursos financeiros, enquanto os recursos físicos estão a cargo da Câmara Municipal. É fundamental que os Juízes de Paz possam, através das competências que lhe são atribuídas, atingir as finalidades para as quais foram criados. Assim, quanto ao objectivo de tornar a justiça mais célere, a prática demonstra que em matéria de conciliações, a sua actividade foi muito reduzida. O mesmo sucede em relação às acções cíveis por a competência do julgado de paz só abranger causas de valor irrisório (inferior a 8.000 pesetas). No que diz respeito às acções penais, poucas são as que chegam efectivamente aos gabinetes dos juízes de paz. De facto, antes de receberem uma acção penal, esta passa pela triagem do juiz de instrução, que após qualificá-la como tal, deve remetê-la ao juiz de paz. Mas a prática é outra e mostra que o que existe na verdade é um "pacto" entre o juiz de instrução e o juiz de paz, no sentido daquele não enviar acções deste tipo, mas sim remeter diligências de mero expediente, que caberiam ao Juiz de Instrução e são cumpridas no Julgado de Paz.

28. Os Julgados de Paz clamam, em Espanha, por urgentes alterações. Muitas são as opiniões sobre o âmbito de tais alterações, que vão desde a supressão da instituição até à sua profissionalização e ampliação de competências, passando pela eleição popular do juiz. É necessário, segundo o *Libro Blanco de la Justicia*, publicado em 1997 pelo *Consejo General del Poder Judicial,* estabelecer um novo estatuto do Juiz de Paz, que tenha em conta as características profissionais e a capacidade exigida, que

regule de forma adequada o processo da sua nomeação, retribuição (que deveriam corresponder às circunstâncias e exigências do cargo), dedicação e responsabilidades. Não se pode pensar mais em Juízes leigos, homens de boa vontade, que trabalhem *ad honorem* nos seus tempos livres, mas sim num juiz letrado, possuidor de uma bagagem jurídica que lhe permita desempenhar o seu cargo com dignidade sem ter que depender de nenhum outro emprego e que esteja integrado plenamente na carreira judicial.

29. Em Itália, o Juiz de Paz foi instituído em 1991, começando a funcionar em Janeiro de 1993, para oferecer ao cidadão a possibilidade de resolver, num curto espaço de tempo, conflitos, civis e penais, de menor complexidade, no intuito de alcançar uma justiça mais imediata e concreta. Na base da sua criação está a intenção de descongestionar os tribunais, através de um processo simples, rápido, pouco dispendioso, de modo a facilitar e permitir o acesso dos cidadãos a uma justiça que, apesar de simplificada, não é menos rigorosa que a praticada nos tribunais judiciais. Em 1999, viria a ser alargada a sua competência penal. O ordenamento jurídico italiano assistiu, assim, em 2000, ao crescimento progressivo do número de magistrados não profissionais (cerca de 9.000).

As funções de juiz de paz representam um instrumento para a realização da justiça do quotidiano e dos interesses difusos. O Juiz de Paz tem funções diversas. Em matéria cível tem competência para todas as causas que lhe sejam apresentadas entre as partes interessadas, sem qualquer limite de valor e de matérias, desde que não sejam de competência exclusiva de outros Tribunais. Ao nível penal, tem competência para julgar alguns crimes, designadamente, furtos, ameaças e injúrias. Tem competência, ainda, para decidir dos recursos sobre a aplicação de uma sanção administrativa. Para propor uma acção, o interessado só tem de dirigir-se ao local onde funciona o *Giudice di Pace*.

30. No seguimento das orientações de política legislativa geral do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001, que incentiva o recurso à mediação e o reconhecimento do direito das vítimas a serem informadas sobre os procedimentos criminais, entrará em vigor, em Itália, em 2 de Janeiro de 2002, uma lei que alarga as competências dos Julgados de Paz em matéria penal e consagra, pela primeira vez, uma referência expressa à mediação. Essa lei vem legitima um modelo penal mais aberto à justiça reparadora, facultando pela primeira vez a possibilidade de recorrer à mediação

entre vítima-agressor, para além de reconhecer que um comportamento reparador é um meio correcto para que se possa extinguir o procedimento criminal.

31. No Brasil, a partir dos anos 80 começaram a ser discutidas medidas para atenuar a apelidada crise do judiciário. Os Juizados de Pequenas Causas criadas no Brasil em Novembro de 1984, vieram a dar lugar, em 1995, aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26-9-1995). De acordo com essa lei, os Juizados devem pautar a sua actuação pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tentando, sempre que possível, a conciliação ou a transacção. Cada Juizado dispõe de um serviço de assistência judiciária para prestar atendimento à população em geral e funcionar como advogado em certas situações. O legislador pretendeu garantir o princípio da acessibilidade através da descentralização da justiça, pois tornou-a mais próxima, menos misteriosa e, como tal, mais humana. O objectivo dos Juizados Especiais é a aproximação da justiça aos cidadãos. Para o efeito, alguns dos Juizados funcionam em centros comerciais e até em autocarros. Cabe à lei estadual regular a organização, competência e composição dos Juizados Especiais Cíveis e dos Juizados Especiais Criminais.

32. Os Juizados Especiais Cíveis têm competência para a conciliação, tramitação do processo e julgamento das causas cíveis que apresentam menor complexidade, a saber: as causas que não ultrapassem 40 vezes o salário mínimo, a acção de despejo para uso próprio, as acções possessórias sobre bens imóveis de valor até 40 salários mínimos, bem como outras, elencadas no Código de Processo Civil. Para ser proposta uma acção junto dos Juizados Especiais basta apresentar um pedido, por escrito ou oralmente, na Secretaria do Juizado.

33. A criação dos Juizados Especiais Criminais foi recebida com surpresa, pois operou uma revolução, jurídica e de mentalidade, que quebrou a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da acção penal. Os operadores judiciários tiveram de aprender a conviver também com o princípio da discricionaridade na acção penal pública e a abrir espaço para o consenso. Ao lado do princípio da verdade material passou a existir também, após 1995, "a verdade consensuada". Pretendeu-se testar um novo paradigma da justiça criminal, baseado no consenso, que tem como preocupação não apenas a decisão do caso, mas também a solução para o conflito. Assim, por

exemplo, os crimes cuja pena mínima de prisão não seja superior a um ano permitem a *suspensão condicional* do processo e o arguido, que praticar um crime e for de imediato encaminhado ao Juizado (ou assumir o compromisso de a ele se dirigir) não lhe será exigida fiança, nem detido em situação de flagrante delito.

34. Em Portugal, os Julgados de Paz estiveram previstos na Constituição da República de 1976, tendo sido retirados posteriormente. Com a última revisão constitucional de 1997, os Julgados de Paz voltaram a constar no nosso texto fundamental. A (re)criação dos Julgados de Paz deve-se a uma iniciativa de deputados do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português, que para o efeito apresentou na Assembleia da República, em 20 de Janeiro de 2000, os necessários Projectos de Lei que viriam a dar lugar à Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, lei quadro dos Julgados de Paz. O objectivo que se encontra na base da criação dos Julgados de Paz é, mais do que a diminuição da pendência processual, "a vocação para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes".

35. Nos Julgados de Paz haverá lugar ao pagamento de custas, de acordo com tabela a aprovar por Portaria do Ministério da Justiça, não sendo pois a sua actividade, em princípio, gratuita. De acordo com o artigo 6.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, a competência dos Julgados de Paz quanto ao objecto da acção é exclusiva a acções declarativas. A execução das decisões dos Julgados de Paz é, assim, da competência dos tribunais judiciais. Quanto à competência em razão do valor, os Julgados de Paz terão competência para acções cujo valor não exceda a alçada do tribunal de primeira instância, ou seja, 750.000$00. Em razão da matéria, são competentes para apreciar e decidir acções destinadas a efectivar o cumprimento de obrigações, excepto as que tenham por objecto prestação pecuniária e da qual seja ou tenha sido credora originária uma pessoa colectiva; acções de entrega de coisas móveis; acções decorrentes de direitos e deveres de condóminos, no caso da assembleia de condóminos não ter decidido a obrigatoriedade de resolução de litígios através de compromisso arbitral; acções referentes a direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis e as acções possessórias, usucapião e acessão, acções acerca do direito de uso e administração da compropriedade, superfície, usufruto, uso e habitação e direito real de habitação periódica; acções relacionadas com o arrendamento urbano, com exclusão das acções de

despejo; sobre responsabilidade civil contratual e extracontratual; acções sobre o incumprimento contratual, excepto contrato de trabalho e arrendamento rural; acções referentes à garantia geral das obrigações. Os Julgados de Paz são ainda competentes para apreciar pedidos de indemnização cível decorrentes de crimes de ofensas corporais simples, ofensa à integridade física por negligência; difamação; injúrias; furto simples; dano simples; alteração de marcos; burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, desde que não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma. A apreciação de um pedido de indemnização cível, nos termos anteriores, preclude a possibilidade de instaurar o respectivo procedimento criminal. Nos Julgados de Paz, em princípio, não é obrigatório o patrocínio forense, apesar de qualquer das partes se poder fazer acompanhar por advogado, advogado estagiário ou por solicitador.

36. Cada Julgado de Paz disporá de um serviço de atendimento, de um serviço de apoio administrativo e de um serviço de mediação, que funciona nas suas instalações e tem competência para mediar qualquer litígio, mesmo que excluído da competência do Julgado de Paz. O juiz de paz deverá ter nacionalidade portuguesa, ser licenciado em direito, ter idade superior a 30 anos, estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos, não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra actividade pública ou privada O recrutamento e selecção dos juízes de paz é feito por concurso público, mediante avaliação curricular e provas públicas. A lei quadro dos Julgados de Paz estabelece que os juízes de paz estão sujeitos às incompatibilidades e suspeições que vigoram para os juízes, para além de não poderem desempenhar qualquer outra função pública ou privada de natureza profissional. Podem, no entanto, desempenhar funções de docência ou de investigação científica não remuneradas, se autorizados pelo Conselho de Acompanhamento e se não implicar prejuízo para o serviço. A sua remuneração será correspondente ao escalão mais elevado da categoria de assessor principal da carreira técnica superior do regime geral da Administração Pública.

37. A introdução dos Julgados de Paz no ordenamento jurídico português suscitou algum debate. Diversas personalidades e entidades públicas e privadas emitiram pareceres, que, em geral, louvam a iniciativa, mas também lhe dirigem

algumas críticas, como sejam a necessidade do alargamento das suas competências na área penal e da alteração do estatuto dos juízes de paz, conferindo-lhes mais independência e auto-organização. Como projectos experimentais, os Julgados de Paz serão implementados no início de 2002, em quatro municípios – Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia. A entrada em funcionamento, a título experimental, e a sua consequente avaliação, por uma Comissão de Acompanhamento criado no âmbito da Assembleia da República, nos dirão se os Julgados de Paz vencerão esta primeira fase e poderão ser generalizados a todo o país.

38. As profissões atravessam actualmente um período de transformação. As noções de profissão e profissionalismo encontram-se em redefinição e surgem novas noções como a de pós-profissionalismo. Este conceito implica a combinação de três elementos: a perda de exclusividade profissional; a crescente segmentação da utilização do conhecimento abstracto através da especialização; e o crescimento do uso das novas tecnologias no acesso às fontes de informação. Implica ainda, a transformação das práticas profissionais e dos seus princípios identitários. Como afirma Kritzer (1999: 731), "neste novo mundo, os «profissionais» continuarão a ter um papel importante, mas o lugar central das profissões tradicionais decairá. (…) O novo profissionalismo será muito mais dinâmico, reflectindo a velocidade da mudança nos locais de trabalho e acompanhando a procura do mercado".

A transformação das profissões jurídicas resulta de três factores principais: a alteração da natureza do trabalho, a transformação dos mecanismos de controlo e autonomia profissional e a globalização da prestação de serviços profissionais. Estas transformações repercutem-se na especialização profissional e na delegação de competências.

39. As profissões jurídicas são bastantes abrangentes e incluem "velhas" e "novas" funções. Podemos ainda distinguir entre os juristas, com formação académica em Direito, e as auxiliares da administração da justiça, com prática jurídica, mas sem obrigação de ter tal formação. A dinâmica profissional, quer de umas quer de outras, depende, em parte, do seu exercício de modo liberal ou como funcionário público, variando, assim, o ritmo e as características das mudanças operadas nos últimos tempos. As transformações das profissões dependentes do funcionamento do mercado têm sido

mais rápidas e profundas devido à necessidade de responder às exigências dos clientes e de assegurar a "sobrevivência" profissional. As profissões integradas na administração pública sentem menor necessidade em se adaptarem à mudança das condições de trabalho fora do Estado.

40. A especialização das profissões jurídicas é uma prática corrente. O processo tem vindo a desenvolver-se essencialmente através do sistema de prática profissional atravessando as "profissões liberais" e as "profissões públicas", acompanhando a especialização, por exemplo, dentro dos tribunais e das conservatórias. Isto implica, não só a adaptação das empresas e do mercado jurídico, mas igualmente a introdução de mudanças no sistema de ensino universitário e de formação profissional, procurando responder às novas necessidades. O trabalho passa a estar organizado de uma forma estandardizada e repetitiva, com uma separação das tarefas e actividades, desconstruindo um trabalho com um alto grau de complexidade. A estruturação das próprias profissões tem de ser repensada no sentido de relacionar a evolução na carreira com o tipo de trabalho desempenhado e a especialização com a divisão do trabalho jurídico.

41. A multidisciplinaridade é outra vertente da redefinição das práticas jurídicas, do controlo profissional e do tipo de associação empresarial que estes profissionais assumem. A integração de novas profissões jurídicas e o recurso a outras não jurídicas (economistas, assistentes sociais, etc.) tem permitido alterar os métodos e o conteúdo do trabalho jurídico. Neste sentido, aumenta-se a complexidade da análise e reforça-se a argumentação. No entanto, dilui-se a relação directa entre o jurista e "o cliente" e passa a haver um relacionamento adaptado às várias "especialidades" (jurídicas ou não) que determinado assunto envolve.

42. A transformação da prestação de serviços jurídicos alterou as relações profissionais. Assistimos a uma redução dos profissionais liberais em favor de empresas com cada vez mais juristas assalariados, subcontratados ou em prestação de serviços. A concentração e globalização dos serviços jurídico-legais, designadamente em empresas multinacionais, é um outro sinal da transformação da prestação de serviços jurídicos.

43. As novas tecnologias vieram também introduzir novos modos de trabalho e comunicação dentro das profissões jurídicas, entre estas e os seus clientes e nos

tribunais. Introduziram-se novos métodos de pesquisa, a custos mais baixos, e possibilitou-se a existência de filiais ou acordos de parceria entre empresas ou serviços geograficamente distantes. Esta mudança acompanha a renovação das gerações, visto não ser fácil para as gerações mais antigas acompanharem o rápido desenvolvimento dos meios tecnológicos. A reformulação dos métodos de trabalho e uma nova divisão das tarefas desempenhadas pelos vários profissionais envolvidos, é outra das vertentes que as novas tecnologias impõem no mundo do direito. Por fim, as novas tecnologias vieram permitir uma maior aceleração processual, diminuindo o tempo jurídico de cada acção. Naturalmente, surgem os modelos de procedimentos que aceleram a realização das tarefas mais rotineiras, facto que contribui para um potencial aumento da litigação, visto que o custo unitário de cada processo, mais comum, baixa.

44. A transformação das profissões jurídicas tem permitido alargar o leque de serviços prestados, nomeadamente ao nível da resolução de conflitos extrajudiciais. A expansão de serviços jurídicos de características distintas, consoante os objectivos e os países em que se desenvolvem, vem introduzir novos elementos na reconfiguração das profissões. O alargamento do leque de entidades prestadoras de serviços jurídicos, públicas ou privadas, vai permitir a existência de profissões jurídicas diferenciadas em função das habilitações, da natureza da entidade e dos objectivos prosseguidos.

45. As profissões jurídicas tradicionais viveram, de facto, e durante muitos anos, uma grande estabilidade identitária, visto que o exercício da profissão pouco se alterou. No entanto, a rapidez das transformações verificadas nas últimas décadas obrigou as profissões jurídicas, voluntária ou involuntariamente, a adaptarem os seus estatutos e práticas profissionais às novas realidades. A renovação identitária deve-se aos seguintes factores: a) a complexificação profissional, em virtude do surgimento de novas profissões na área jurídica; b) a alteração das competências profissionais devido à evolução dos mecanismos judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios; c) a integração de juristas num leque muito abrangente de entidades públicas, privadas ou associativas; d) a crescente especialização profissional, de forma a responder melhor às exigências do mercado e à racionalização dos métodos de trabalho; d) a integração em equipas multidisciplinares, obrigando à partilha de saberes e à divisão de tarefas, para atingir objectivos comuns; e) o aumento da diversidade do tipo de prestação de serviços,

desde o contrato a termo certo à consultoria, passando pela integração dos quadros de pessoal, como é o caso da administração pública; f) a necessidade de adquirir novos conhecimentos em áreas tão diversas como, por exemplo, a informática, a gestão, a economia, o ambiente ou o consumo; g) as várias formas de organização profissional (sindicatos, ordens, câmaras, etc.), de organização empresarial e de associativismo.

46. As profissões envolvidas na resolução de litígios, de modo formal ou informal, estão igualmente, em Portugal, num processo de grande transformação. Referimo-nos não só a profissões jurídicas mas também a um conjunto de actividades desenvolvidas por profissionais não juristas, que tem vindo a permitir desenvolver toda uma série de mecanismos de resolução de litígios de modo extrajudicial. O desenvolvimento das profissões está assim relacionado com uma reorganização de competências legais através de uma descentralização de competências antes concentradas, essencialmente, nos tribunais e nalgumas profissões jurídicas. Algumas destas novas profissões são cada vez mais (re)conhecidas, bem como as suas actividades: mediadores, árbitros e conciliadores. No entanto, o seu desenvolvimento em alguns países, como Portugal, só agora começa a ser estimulada e a ganhar uma maior visibilidade ou importância.

47. A proposta do Ministério da Justiça de redistribuição das competências jurídicas pelas várias profissões jurídicas, bem como a criação de outros serviços de resolução de litígios, vem confirmar a aposta na evolução profissional, não só das profissões tradicionais, mas também das novas profissões que estas medidas contemplam. A necessidade de encontrar as soluções que melhor se adaptem à necessidade de uma justiça eficaz e em tempo útil, e que pode passar pelo recurso a novos mecanismos de resolução de conflitos, é relativamente consensual entre os profissionais do direito em Portugal. No entanto, a redistribuição de competências por velhas e novas profissões, desjudicializando certos procedimentos, transferindo-os para outras profissões e introduzindo novos profissionais que auxiliem o exercício da justiça, está a provocar diferentes reacções e a originar uma reconfiguração das profissões jurídicas em Portugal. Por um lado, temos as profissões tradicionais, como os advogados, conservadores, notários, juízes, magistrados do Ministério Público e solicitadores. Por outro, temos as "novas" profissões, algumas sem obrigatoriedade de

formação em direito, nomeadamente os juízes de paz, mediadores, assistentes judiciais, administradores dos tribunais, solicitadores de execução e oficiais de execução.

Esta estratégia de intervenção no sistema judicial tem a vantagem de criar uma múltipla rede de mecanismos de resposta à natureza cada vez mais complexa da procura, e para a qual o sistema existente não estava preparado. A estratégia de reforma do sistema judicial acompanha, assim, o ritmo da transformação das profissões jurídicas, influenciando-o. Em Portugal, pela análise das tendências de transformação das principais profissões, advogados, notários e conservadores, é possível concluir que estas profissões tem procurado adaptar-se a este processo, embora nem sempre concordando com as medidas adoptadas. Deste modo, as estratégias profissionais têm adoptado mais um cariz corporativo, procurando extrair maiores benefícios das mudanças, do que se têm preocupado com o funcionamento global do sistema. O ritmo das mudanças destas profissões depende tanto de factores endógenos, como de factores externos, sendo que os advogados, por terem uma profissão liberal, demonstram um maior dinamismo na adaptação às novas realidades do mercado, sociais e judiciais, sem, no entanto, deixarem de exigir a manutenção, em regime de exclusividade, das actuais competências e procurando mesmo alargá-las, o que obriga a uma alteração das práticas profissionais e, por conseguinte, da identidade profissional. Em Portugal coexistem diversos modelos de advocacia, entre o advogado "solitário" e a grande empresa de advocacia. Os notários e conservadores, por seu lado, devido ao regime público de exercício profissional, demonstram uma menor capacidade reivindicativa e, até pelo seu número mais reduzido, uma menor capacidade negocial. As transformações por que atravessam são, assim, de menor dimensão e restringem-se apenas a um determinado número de competências. Logo, existe uma maior estabilidade profissional, quer ao nível das práticas, quer dos princípios organizativos e identitários. Os notários constituem um caso paradoxal no âmbito da transformação das profissões jurídicas portuguesas, visto que, por um lado, clamam pela liberalização da profissão e assunção de novas competências que possibilitem a sustentatibilidade e revalorização profissional, mesmo em termos identitários, mas, por outro lado, opõem-se à recente transferência de competências vindas, essencialmente, dos tribunais por considerarem que são alheias à profissão e, portanto, não se inserem na sua formação específica.

48. As profissões estrangeiras analisadas, designadamente os *procuradores* em Espanha, os *legal executives* na Grã-Bretanha, os *huissiers de justice*, os *conciliateurs de justice* e *médiateurs de justice*, estas últimas em França, são exemplos de profissões auxiliares na administração da justiça, com distintas competências e estatuto sócio-profissional. Assim, constata-se que cada sistema judicial procura criar as profissões que melhor se adaptam à realidade jurídica e social do país. As características que possuem podem ser aplicadas, em termos comparativos, a vários outros sistemas, embora devam ser adaptadas em função das necessidades de cada situação. É o caso da criação dos solicitadores de execução em Portugal, a partir dos solicitadores, um pouco à imagem dos *huissiers de justice*. Esta opção, justificada em termos de possibilidades de mercado e de operacionalidade do processo de execução português, procura conciliar a transformação de uma profissão com a transferências de competências e, em simultâneo, a resolução de um problema existente no nosso sistema judicial. Análise semelhante podemos efectuar no caso da criação da profissão de mediador e de Juiz de Paz em Portugal, na sequência da criação do Gabinete de Mediação Familiar e dos Julgados de Paz.

49. A reforma da administração da justiça deve aprofundar-se através das seguintes duas áreas estratégicas. A primeira, passa pela formação dos actuais profissionais do sistema, magistrados e funcionários, procurando melhorar as suas aptidões para uma justiça diferente, transparente, menos burocrática e mais próxima dos cidadãos, através da possibilidade de realização de tarefas relacionadas com a mediação, conciliação ou, simplesmente, a colaboração com outras entidades que aplicam técnicas mais informais, como, por exemplo, entre o Tribunal de Família e Menores de Lisboa e o Gabinete de Mediação Familiar, especialmente, em casos de regulação de poder paternal. A segunda, refere-se à criação de novas funções no âmbito dos tribunais, procurando racionalizar e modernizar os actos praticados. É neste sentido que se compreende a criação de novas profissões, nomeadamente das figuras do assistente judicial, com a missão de desempenhar algumas das tarefas mais rotineiras e simples da competência de juízes e magistrados do Ministério Público, e do administrador de tribunal, procurando melhorar a produtividade dos tribunais através de uma gestão mais racional e eficiente dos meios disponíveis.

50. O Ministério Público, em Portugal, é, igualmente, um actor importante no processo de desjudicialização lançado pelo Ministério da Justiça. As suas competências abrangem actualmente, para além da sua principal área de intervenção que é a penal, a defesa dos incapazes, incertos e ausentes, o exercício do patrocínio oficioso dos trabalhadores, dos menores e a defesa dos interesses colectivos e difusos. A redistribuição de competências pelos vários actores judiciais efectuada pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, prevê que o Ministério Público possa desempenhar novas funções, designadamente: a separação ou divórcio por mútuo consentimento, com a obrigatoriedade do Ministério Público ser notificado do acordo alcançado; o suprimento do consentimento, que passa a decorrer igualmente perante o Ministério Público, assim como a autorização ou confirmação do conselho de família; os processos especiais, relacionados com a nomeação ou destituição de titulares de órgãos sociais e a nomeação incidental de representantes.

51. Podemos concluir que a evolução das profissões jurídicas não ocorre da mesma forma nos diferentes países. "A modernização obedece igualmente aos ritmos próprios de cada país e de cada profissão. Enfim, apesar das semelhanças nas evoluções contemporâneas, não existe um modelo único e privilegiado de modernização destas profissões. A história das profissões jurídicas aparece, na sua dimensão comparativa, como uma história complexa e não unívoca onde a tradição e a modernidade se entrelaçam constantemente" (Halperin, 1994: 115). E perante fenómenos de reforma de justiça e de globalização, também as profissões jurídicas se encontram perante um desafio: centrados tradicionalmente numa visão etnocêntrica e estatocêntrica do mundo jurídico, têm dificuldades em se adaptar a espaços que não sejam estritamente judiciários, locais ou globais, que aliciam alguns e atemorizam a maioria, provocando uma verdadeira angústia no jurista. Este desafio vai exigir das profissões uma capacidade de reacção às transformações, uma superação da actual "crise" identitária e o encontrar de novos caminhos.

52. A concluir, saliente-se que os percursos da reforma da administração da justiça, como aqueles de que iniciámos a exploração neste estudo, se fazem caminhando... com investigação, reflexão, acção e avaliação.

BIBLIOGRAFIA

Abel, Richard. 1986. «The decline of professionalism». *Modern Law Review*, n.º 49, 1-41.

Adrados, Antonio Rodriguez. 1986. *El notario: función privada y función publica. Su inescindibilidad*. Revista do Notariado. Lisboa: Associação Portuguesa de Notariado.

Almeida, Carlota Pizarro de. 2000. *Despublicização do direito criminal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Almeida, Maria Rosa Crucho de;. 1993. *Inquérito à vitimação, 1992*. Lisboa: Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.

Almeida, Maria Rosa Crucho de; Alão, Ana Paula. 1995. *Inquérito à vitimação, 1994*. Lisboa: Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.

American Arbitration Association. www.adr.org. Janeiro de 2001.

Andrade, Manuel da Costa. 1991. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Animali, Samuele; Ciaffi, Andrea. 1995. «Le professioni legali: tendenze e prospettive». *Sociologia del Diritto*. XXII, n.º 1, 167-176.

Arnaud, André-Jean. 1993. «Alternatif (Droit) – Alternative (Justice)», *in* Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2.ª Edição. Paris: LGDJ, 17-20.

Associação Portuguesa de Notários. Boletins de informação. 1999 e 2000.

Associação Portuguesa de Notários. www.geocities.com/apn_notarios. Maio de 2001.

Associação Sindical dos Conservadores de Registos. www.geocities.com/CapitolHill/Rotunda/3579/index.htm. Maio de 2001.

Audit, Bernard. 1987. *L'arbitrage transnational et les contrats d'etát*. Academia de Direito Internacional de Haia. Dordrecht: Kluwer Academie Publishers Group.

Baptista, Manuel Nascimento. 1982. «A participação popular na administração da justiça do trabalho». *In A participação popular na administração da justiça*. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa: Livros Horizonte, 30-46

Barnhizer, David. 2000. «Princess of darkness and angels of light: the soul of the american lawyer». *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. Notre Dame Law School, n.º 1, Vol. 14, 371-477.

Baudel, Jules-Marc. 1994. «Les avocats français et le droit comparé». *Revue Internationale de Droit Comparé*. Societé de Legislation Comparé, n.º 3, 789-797.

Beau, Claude Mayer. 2000. «Une alternative judiciaire à Strasbourg», *In* Boubault, Guy (coord.). *Médiation aux Ulis: un choix municipal, Pratiques de médiation – Non-Violence Actualité*. Paris: Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer.

Beleza, José. 1976. *in* Ciências criminais. Policopiado. Coimbra.

Blackwell Report. 2000. *Activities of non-legally qualified claims assessors and employment advisers*. London: Lord Chancellor's Department. http://www.open.gov.uk/lcd/civil/blackwell/indexfr.htm. Abril de 2001.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. 1989. «Alternatives to the judicial model» *in* Wright, Martin e Galaway, Burt. *Mediation and criminal justice – victims, offenders and community*. Londres: Sage, 178-194.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. 1991. «La boîte postale 5000: un modèle informel de règlement des litiges de la consommation». *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n.º 27, 1-25.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre; Schmutz, M.. 1992. *Médiation et régulation sociale*. Lyon: GLYSI-Université de Lyon.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. 1992. *La mediation: une justice douce*. Paris: Syros Alternatives.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre *et al.* 1999. *Les médiations, la médiation*. Paris: Editions Erès.

Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. 1999. *La médiation sociale et pénale*. Paris: Editions Erès.

Boubault, Guy. 2000. *Médiation aux Ulis: un choix municipal. Pratiques de médiation – Non-Violence Actualité*. Paris: Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer.

Cadiet, Loic. 1997. *Découvrir la justice*. Paris: Dalloz.

Câmara de Solicitadores portuguesa. www.camara-solicitadores.pt. Maio de 2001.

Canadian Bar Association. 1999. *Access to affordable and appropriate law related services in 2020*. Ottawa: Canadian Bar Association.

Carapinheiro, Graça. 1998. *Saberes e poderes no hospital: uma sociologia dos poderes hospitalares*. Porto: Afrontamento.

Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. 2000. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e acção pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Castro, Artur Anselmo de. 1982. *Direito processual civil declaratório*. Vol. II. Coimbra: Almedina.

Caupers, João. 1993. *Para uma reforma do notariado*. Policopiado.

Chambre Nationale des Huissiers de Justice Françaises. www.huissier-justice.fr/profession. Novembro de 2000.

Città di Desenzano del Garda. *Il giudice di pace*. www.onde.net/desenzano/comune/servizi/giudice.htm. Abril de 2001.

Cluny, António. 1997. *Pensar o Ministério Público hoje*. Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 8, Lisboa: Edições Cosmos.

Code de Procédure Civile. 2000. *Textes, jurisprudence, annotations*. Paris: Dalloz.

Coelho, Cristina (coord.). 1998. *O mediador*. Amadora: Associação Cultural Moinho da Juventude.

Colégio de Procuradores de Zaragoza. www.procuradores.net. Outubro de 2001.

Comité Europeu de Cooperação Jurídica e Comité Europeu para os Problemas Criminais. 2000. *Medidas para uma boa relação custo-eficácia tomadas pelos Estados-membros para permitir uma melhor eficácia da justiça*. 23.ª Conferência de Ministros da Justiça Europeus em Londres. Lisboa: Ministério da Justiça.

Commission du Droit du Canada. 2000. *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*. http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/2000/paper.html. Fevereiro de 2001.

Conferência Permanente dos Notariados da Comunidade Europeia. 1990. «O notário e a sua função». *Revista do Notariado*, n.º 3. Lisboa: Associação Portuguesa do Notariado, 383-390.

Conseil d'État. 1991. *L'aide juridique: pour un meilleur accès au droit et a la justice*. Paris: La Documentation Française.

Conseil National d'Arbitrage et Médiation. www.pythagore.com/. Abril de 2001.

Consejo General de los Procuradores de España. www.cgpe.es. Outubro de 2001.

Consejo General del Poder Judicial. 1997. *Libro blanco de la justicia*. Madrid: CGPD.

Correia, Eduardo. 1971. *Direito criminal I*. Coimbra: Almedina.

Correia, Ferrer. 1984-1985. «Da arbitragem comercial internacional». *Revista de Direito e Economia*, anos X/XI, 3-53.

Correia, João. 1982. «A participação e intervenção populares na administração da justiça do trabalho em Portugal». *In A participação popular na administração da justiça*. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa: Livros Horizonte, 67-82.

Costa, António. 2000. «A administração da justiça». *Revista de Administração e Políticas Públicas*. Vol. 1, n.º 2, 51-56.

Costa, Eduardo Maia. 2001. «Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes». *Revista do Ministério Público*. 85. Lisboa: Editorial Minerva.

Costa, Elisa. 1996. «Os mediadores ciganos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa». *Revista Inercultural*. N.º 7, Setúbal: CIDE/ESSE.

Costa, José de Faria. 1986. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?*. Boletim da Faculdade de Direito. Separata do vol. LXI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Council of Europe. 2000. *Judicial organisation in Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Dejemeppe, Pierre. 1995. *La médiation de dettes*. Revista do DCCR.

Dejoie, Luc. 1997. *Réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*. Rapport du Senat, n.º 176. www.senat.fr/rap/196-176/196-176_mono.html. Fevereiro de 2001.

Delmas-Marty, Mireille. 1984. «Archives de politique criminelle». *Centre de recherches de politique criminelle*. N.º 7. Editions A. Pedone.

Demanet, Georges. 1995. «La médiation penale». *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*. 11, Ano 75.

Democratici di Sinistra. 1998. *La professione forense.* www.democraticidisinistra.it/par.../aequa/documenti/la_professione_forense.htm . Abril de 2001.

Democratici di Sinistra. *Il giudice di pace.* www.democraticidisinistra.it/par.../aequa/documenti/il_giudice_di_pace.htm. Abril de 2001.

Derains, V. 1997. «Les objectifs principaux de la revision». *Bulletin de la Cour*, Suplement, 10.

Dezalay, Yves. 1992. *Marchands de droit*. Paris: Fayard.

Dezalay, Yves e Garth, Bryant. 1995. «Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes». *Law and Society Review*. Vol. 29, n.º 1.

Dias, João Paulo. 2001. *Organização judiciária e controlo interno: o papel dos Conselhos Superiores em Portugal*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Dias, João Paulo. 2001a. «O "mundo" dos magistrados: a avaliação profissional e a disciplina». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.º 60. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 87-119.

Dias, Jorge de Figueiredo. 1983. *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. O novo código de direito penal português e legislação complementar*. Jornadas de Direito Criminal. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. 1992. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena - As instâncias formais de controlo no sistema da justiça penal. Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, Jorge de Figueiredo. 1993. *Direito penal português – Parte geral II – As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias.

Dinheiro & Direitos. 2001. N.º 46.

Direcção-Geral dos Registos e do Notariado. www.dgrn.mj.pt. Junho de 2001.

Direito em Revista. 2001. «Alternativa para a resolução de conflitos», n.º 1.

Dufresne, Jacques. 1993a. http://agora.qc.ca/cvdufresne.html. Março de 2001.

Dufresne, Jacques. 1993b. *Réflexions sur la déjudiciarisation*. Encyclopédie L´Agora. http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Doc. Fevereiro de 2001.

Dufresne, Jacques. *De la règle de droit à la philia*. Symposium sur l´accès à la justice. Encyclopédie L´Agora. http://agora.qc.ca/cvdufresne.html. Fevereiro de 2001.

Eisemann, 1975. «La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etats ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé», *Revue de l'Arbitrage,* 283 ss.

Estoup, Pierre. *Le projet de réforme de la procedure civil*. www.perso.club-internet.fr/mediation_arbitrage/droit-interne/mediation-jud.htm. Abril de 2001.

European Research Network on Judicial Systems. 2000. *European data base on judicial systems*. Bologna: Instituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari e Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Faisting, André Luiz. 1999. «O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas». Sadek, Maria Teresa (org.). *O sistema de justiça*. Série Justiça. Fundação Ford. São Paulo: Editora Sumaré.

Faria. José Eduardo. 1997. *Direito e democracia.* S. Paulo: Max Limonad.

Farinha, António e Lavadinho, Conceição. 1997. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina.

Farinha, António. 1999. «Mediação familiar, igualdade e privacidade». *Forum Iustitiae*, n.º 1.

Fauchon, Pierre. 1997. *Moyens de la justice*. Rapport d'Information. Paris: L'Espace Libraire du Sénat.

Ferrarese, Maria Rosaria. 1992. «Potere e competenza nelle professioni giuridiche». *Sociologia del Diritto*. XIX, n.º 1, 43-62.

Ferreira, António Casimiro. 1998. «Da participação do Estado e da sociedade civil na resolução dos conflitos de trabalho», *in* AAVV. *Debate sobre a administração e justiça do trabalho*. Lisboa: Conselho Económico e Social.

Ferreira, António Casimiro. 1998. *A justiça laboral numa perspectiva sócio-jurídica*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.

Ferreira, J. O. Cardona. 2001. *Julgados de Paz: organização, competência e funcionamento*. Coimbra: Coimbra Editora.

Fouchard, Philippe. 1965. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz.

Fouchard, Phillipe; Kahn, Philippe (org.). 1987. *Le droit des relations économiques internationales*. Paris: Litec.

Frade, Catarina. 2001. *Proposta de um modelo de resolução extrajudicial do sobreendividamento de pessoas singulares*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Freidson, Eliot. 2000. *Renascimento do profissionalismo*. São Paulo: Edusp.

Friedman, Lawrence M. 1993a. «Verso uma sociologia del diritto transnazionale», *in* Angeli, Franco. *Sociologa del diritto*. Milano, n.º 1.

Friedman, Lawrence M. 1993b. «Juridisation (processus de)», *in* Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.* 2ª Edição. Paris: LGDJ, 319-322.

Gaillard, Emmanuel. 1995. «Trente ans de lex mercatoria. Pour une application silective de la méthode des principes géneraux du droit». *Journal du Droit International* (Clunet), n.º 1, Jan-Março, 5-30.

Galanter, Marc. 1983. *Reading the landscape of disputes: what we know and don´t know (and think we know) about our allegedly contentius and litigious society.* Madison: Disputes Processing Research Program.

Galanter, Marc. 1993. «Direito em Abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.º 36. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 103-145.

Garapon, Antoine; Amil, Claude. 1987. «Justice negociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance». *Annalles de Vaucresson*, 27.

Gibson, Tony. 1991. «Articulating the power of us plus them: community conflict, compromise and consensus», *in* Mackie, Karl. *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell, 146-156.

Giudice di Pace di Alba. www.comune.alba.cn.it/inter/giudpax.html. Abril de 2001.

Goldman, Berthold. 1964. «Frontiéres du droit et lex mercatoria». *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 9, Paris, 177 e ss.

Goldsmith, Jean Clause. *La transaction – résultat d'une négociation*. . www.perso.club-internet.fr/mediation_arbitrage/droit-interne/mediateur-arbitre.htm. Abril de 2001.

Gomes, Conceição. 2001. «A evolução da criminalidade e as reformas processuais na última década: alguns contributos». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.º 60. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 61-86.

Gonçalves, M. Maia. 1999. *Código processo penal anotado*. Coimbra: Almedina.

Grinover, Ada Pellegrini *et al*. 1996. *Juizados Especiais Criminais – comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Guibentiff, Pierre. 1992. «A aplicação do direito redescoberta pela sociologia jurídica». *Sociologia. Problemas e Práticas*. 12, 19-39.

Guibentiff, Pierre. 1993. «A produção do direito, crítica de um conceito na fronteira entre sociologia do direito e ciência de legislação». *Cadernos de Ciência de Legislação*. 7, 31-72.

Guigou, Elizabeth. 1998. *Les conciliateurs de justice*. www.justice.gouv.fr/discours/d180698.htm. Abril de 2001.

Halperin, Jean-Louis. 1994. «Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine: modes d'organization dans divers pays européens». *Revue Droit et Societé*, n.º 26, Paris: 109-115.

Halperin, Jean-Louis (dir.). 1996. *Avocats et notaires en Europe: les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*. Vol. 19. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Héraud, Alain e Maurin, André. 1996. *La justice*. Paris: Éditions Dalloz.

Hulls, Nick. 1994. *Overindebtedness of consumers in the EC member states: facts and search for solutions*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation.

Ibáñez, Perfecto Andrès. 2001. «Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal, Jurisdição e estado constitucional de direito». *Revista do Ministério Público*. 85. Lisboa: Editorial Minerva.

Ietswaart. I. 1993. «Déjudiciarisation», *in* Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2.ª Edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 172-174.

Institute of Legal Executives. www.ilex.org.uk/. Fevereiro de 2001.

Ishizaki, Masaichiro. 1928. *Le droit corporatif international de la vente de soies*. Paris: Giard.

Júdice, José Miguel (2000). «Relatório sobre as saídas profissionais para juristas». *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 60, Lisboa: Ordem dos Advogados, 439-465.

Junqua, Alain. *Réunion de conciliateurs de justice de la Cour d'Appel de Poitiers*. www.worldserver4.oleane.com/capoi/. Abril de 2001.

Kagan, R. 1984. «The routinisation of debt collection: an essay on social change and conflict in the courts». *Law & Society Review.* n.º 18, 323.

Kahn, Philippe. 1961. *La vente commerciale internationale*. Paris.

Karpik, Lucien. 1999. «Avocats: renouveau et crise». *In Justices: ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*. Paris: Dalloz, 67-82.

Kassis, Antoine. 1984. *Théorie générale des usages du commerce*. Paris: LGDJ.

Kritzer, Herbert. 1999. «The professions are dead, long live the professionals: legal practice in a postprofessional world». *Law and Society Review*. Vol. 33, n.º 3, 713-759.

La Conciliation, La Médiation et l'Arbitrage. www.perso.club-internet.fr/mediation_arbitrage/. Abril de 2001.

Lamo Rubio, Jaime de; Ortega Cifuentes, José Arturo. 2000. *El auxilio judicial en la nueva ley de enjuiciamiento civil: incidencia en relación con la Justicia de Paz*. www.uv.es/~ripj/5auxi.htm. Abril de 2001.

Lamy, Philippe. *Médiation judiciaire et conventionnelle*. www.pythagore.com/cnam/lamy.html. Abril de 2001.

Leboulanger, Philippe. 1982. *Les contratas entre états et enterprises étrangéres. Recherches sur la privatisation de l'activité de l'État dans les relations économiques internationales*. Tese de Doutoramento. Faculté de Droit. Université de Sorbonne.

Lisfranc, Katherine. 1994. «La formation des avocats français et le droit comparé». *Revue Internationale de Droit Comparé*. Societé de Legislation Comparé. N.º 3, 799-802.

Llewellyn, Jennifer J e Howse, Robert. *Restorative justice. A conceptual framework*. http://www.lcc.gc.ca/en/themes/sr/rj/howse/index.html. Fevereiro de 2001.

López, Alejandro Giraldo. 1998. *Los Jueces de Paz en el País Vasco. Fines y medios*. Tesina de Master de Oñati. Oñati: Instituto Internacional de Sociologia Jurídica.

Lord Chancellor's Department. www.open.gov.uk/lcd. Setembro de 2001.

Lorho, Gérard. 2000. *Peines de substitution, peines alternatives – Régime Juridique.* École Nationale de la Magistrature. Bordeaux: Editions Bergeret.

Ludwig, Waldez. 2000. *O futuro do mercado de trabalho*. www.kornferry.com.br/pt/informacao/noticias_291.asp. Novembro de 2001.

Macauly, Stewart. 1963/1964. «Non-contractual relations in business: a preliminary study». *American Sociological Review*, n.º 28, 55-66.

Mackie, Karl. 1991. *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell.

Mackie, Karl. 1991. "Negociation and mediationf inelegant haggling to sleeping giant" *in* Mackie, K. *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell, 74-96.

Magalhães, P. Coutinho. 1999. «Corporativismo, judicialização da política e a "crise da justiça" em Portugal». *Revista do Ministério Público*, n.º 79, Julho-Setembro, 11-28.

Mannozzi, Gracia. 2001. *O enquadramento da mediação no sistema da justiça criminal. A rede italiana dos julgados de paz. Enquadramento da mediação: um modelo teórico.* NewsLetterDGAE. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial. Lisboa: Ministério da Justiça.

Marques, Bernardo Seruca. 2000. «A função ético-social do advogado». *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 60, Lisboa: Ordem dos Advogados, 551-572.

Marques, Maria Manuel Leitão; Neves, Vítor; Frade, Catarina *et al*. 2000. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina.

Matos, Albino. 1999. *A liberalização do notariado: ensaio crítico*. Coimbra: Almedina.

Médiateur de la Republique. 2000. *Rapport annuel de 1999*. Paris: La Documentación Française.

Médiateur de la Republique. www.mediateur-de-la-republique.fr/. Novembro de 2000.

Mendes, João de Castro. 1980. *Direito processual civil I*. Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Mendes, Ricardo Fontes. 1999. «A profissionalização do jornalismo no Brasil». *Sala de Prensa – web para prefesionales de la comunicación iberoamericanos*. Ano II, Vol. 2, 1-10. www.saladeprensa.org/art40.htm. Novembro de 2001.

Merckling, Christelle. *Les conciliateurs de justice*. www.worldserver4.oleane.com/capoi/concil/expos.htm. Abril de 2001.

Merry, Sally Engle. 1989. «Mith and pratice in the mediation practice», *in Mediation and criminal justice. victims, offenders and community*. Londres: Sage Publications.

Mincke, Christophe. *Médiation pénal et procédure accélérée – paradigmes d´un nouveau type d´utilisation du Ministère Public*. http://www.msh-paris.fr/red&s/communic/mincke.htm. Fevereiro de 2001.

Ministério da Justiça espanhol. www.mju.es. Abril de 2001.

Ministério da Justiça francês. www.justice.gouv.fr. Novembro de 2000 a Novembro de 2001.

Ministério da Justiça italiano. www.giustizia.it. Abril de 2001.

Ministério da Justiça português. 2000. *Estatísticas da justiça 1999*. Gabinete de Estudos e Planeamento. Lisboa: Ministério da Justiça.

Ministério da Justiça português. www.mj.gov.pt. Novembro de 2000 a Novembro de 2001.

Mission de Recherche Droit et Justice. *Acces au(x) droit(s) / Acces a la justice*. www.justice.gouv.fr. Dezembro de 2000.

Moreira, Vital. 1997. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina.

Moréteau, Olivier. 1999. *Les juristes français – entre ethnocentrisme et mondialisation*. www.msh-paris.fr/red&s/communic/moretea1.htm. Março de 2001.

Morineau, Jacqueline 2000. *Médiation pénale à Paris*. *In* Boubault. Guy (coord.). *Pratiques de médiation. Non-Violence Actualité.* Paris: Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer.

Newton, David. 1991. «Alternative dispute resolution in Australia» *in* Mackie, Karl, *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell, 231-246.

Nolan, Dennis e Abrams, Roger. 1983. «American labor arbitration: the early years». *University of Florida Law Review*, vol. XXXV, n.º 3.

Nolasco, Carlos. 2001. «As jogadas jurídicas do desporto ou o carácter pluralista do direito do desporto». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 60. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 141-169.

O'Neal, Jacqueline. *The notary: yesterday, today, and tomorrow*. www.lna.org/l_esprit/oneal.htm. Setembro de 2000.

Olgiati, Vittorio. 1997. *Towards a new Universitas Mercatorum: the political economy of the Chamber of Commerce of Milan*. Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Milano. Milano: Impresa & Stato.

Ordem dos Advogados. *Relatório e contas de 1999*. Conselho Geral. http://www.oa.pt/ordem/relatorio99/relat99.html. Maio de 2001.

Ordem dos Advogados. www.oa.pt. Outubro de 2001.

Osman, Filali. 1992. *Les principes géneraux de la lex mercatoria. (contribuition à l'étude d'un ordre juridique anational)*. Paris: L.G.D.J.

Palmer, Michael e Roberts, Simon. 1998. *Dispute processes – ADR and the primary forms of decision making*. London: Butterworths.

Pantaleoni, Ilario. 1999. *Ufficio giudice di pace: un nuovo magistrato al servizio del citadino*. Giudice di Pace di Mondavio. http://www.lanostravalle.it/numero2/pagina8.htm. Abril de 2001.

Pedroso, João; Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão. 1996. «O sistema penal em Portugal: um mapa dos bloqueios». *Revista do Ministério Público*, n.º 66, 39-60.

Pedroso, João; Gersão, Eliana *et al*., 1998. *Justiça de menores: as crianças entre o risco e o crime*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Pedroso, João; Cruz, Cristina. 2000. *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Pedroso, João; Cruz, Cristina. 2001. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma.* Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Pedroso, João. 2001a. *Entre a União Europeia e a sociedade portuguesa: a protecção e a resolução dos litígios dos consumidores – o caso da arbitragem de conflitos de consumo em Portugal.* Dissertação de Mestrado em Sociologia. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Pedroso, João. 2001b. «A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 60. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 33-60.

Pimentel, Duarte *et al*. 1991. «A estruturação das identidades no quotidiano do trabalho: o caso dos profissionais de saúde». *Sociologia: problemas e práticas*. Lisboa, n.º 9, 43-56.

Reiner, Andreas. 1998. «Le reglement d´arbitrage de la CCI version 1998». *Revue Arbitrage*. 1998, n.º 1, 25 ss.

Relatório Marinho. 1993. *Relatório da Comissão de Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos sobre a situação e organização do notariado nos doze Estados-membros da Comunidade*. Resolução do Parlamento Europeu 18/1/1994.

Rete Civica. 1998. *Dispozione per la copertura di posti di giudice di pace*. www.comune.jesi.an.it/informagiovani/lavoro/disp_pace_htm. Abril de 2001.

Ribeiro, João. 2000. «Formação e treino do administrador do tribunal». *Revista de Administração e Políticas Públicas*. Vol. 1, n.º 2, 93-106.

Ribeiro, Virgílio Vasconcelos. 1999. «As novas realidades da advocacia e as estruturas orgânicas da Ordem». *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra.* Ano IV, n.º 8, Coimbra: Ordem dos Advogados, 24-26.

Rigaux, François. 1987. «Souveraineté des États et arbitrage transnational. in Le droit des relations économiques internationales». *in* Fouchard, Phillipe; Kahn, Philippe (orgs.). *Le droit des relations économiques internationales*. Paris: Litec.

Rios, Paula Lucas. 2000. *Mediação familiar – Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*. www. verbojuridico.net. Maio de 2001.

Roach, Kent. 1999. «Restructuring of the legal profession», *In* Canadian Bar Association. *Access to affordable and appropriate law related services in 2020*. Ottawa: Canadian Bar Association, 7-83.

Robalo, António Domingos Pires. 1997. *Responsabilidade por ilícitos de mera contra-ordenação social. Noções elementares da tramitação do processo penal*. Coimbra: Almedina.

Rodrigues, Anabela Miranda. 2000. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, Cunha. 1999a. *Lugares do direito*. Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, Cunha. 1999b. *Comunicar e julgar*. Coimbra: Minerva.

Rodrigues, Cunha. 1999c. *Em nome do povo*. Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, Maria de Lourdes. 1997. *Sociologia das profissões*. Lisboa: Celta Editora.

Rodrigues, Maria de Lourdes; Carapinheiro, Graça. 1998. «Profissões, protagonismos e estratégias», *In* Viegas, José M. L.; Costa, António F.; *Portugal, que modernidade?* Lisboa: CIES/Celta Editora, 147-164.

Rosa, Estrela Chaby. 2000. *A favor da comunidade*. Direito em Revista, 1.

Ruellan, François. 1999. «Les modes alternatifs de résolution des conflits: pour une justice plurielle dans le respect du droit». *La Semaine Juridique*. N.º 19-20. Éditions du Juris-Classeur, 899-903.

Ruivo, Fernando. 1987. «A construção de um projecto profissional: o caso da medicina». *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 23, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 129-139.

Santana, Cecília. 1998. «Princípio da oportunidade na reforma do sistema penal. Jornadas sobre a revisão do Código Penal», *In* Palma, Maria Fernanda; Beleza, Teresa Pizarro (orgs.). *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Santos, Boaventura de Sousa. 1982. «O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados». *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 10. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 9-40.

Santos, Boaventura de Sousa. 1995. *Toward a new common sence: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York e London: Routledge.

Santos, Boaventura de Sousa; Pedroso, João; Marques, Maria Manuel Leitão; Ferreira, Pedro. 1996. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento/CES/CEJ.

Santos, Boaventura de Sousa. 1997. «Para uma concepção multicultural dos direitos humanos». *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 48, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 11-32.

Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; Pedroso, João; Gomes, Conceição. 1998. *A justiça cível e penal.* Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa..

Santos, Boaventura de Sousa. 1999. «The Gatt of law and democracy: (Mis)trusting the global reforms of courts». *Oñati Papers*, 7, 49-86.

Santos, Boaventura de Sousa. 2000. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (dir.). 2001. *As alterações intercalares de 2000: as medidas legislativas de simplificação nos processos civil e penal, custas judiciais e apoio judiciário*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça.

Schmitthoff, Clive. 1964. «The law of international trade, its goulth, formulation and operation». *The Sources of International of the Law of International Trade*. Londres.

Serverin, Evelyne. 2001. *Quels lieux pour la médiation civile en Europe?*. Comite D'Experts sur L'Efficacité de la Justice. Strasbourg: Conseil De L'Europe.

Sherr, Avron. *Professional work, professional careers and legal education: educating the lawyer for 2010*. www.ials.sas.ac.uk/themat/Lawyer2010.htm. Fevereiro de 2001.

Solicitors britânicos. www.solicitors-online.com. Maio de 2001.

Sousa, Miguel Teixeira de. 2001. «Arbitragem voluntária». *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 13, Janeiro/Fevereiro, 16-17.

Stimec, Arnaud. *Avocats et mediateurs: état des lieux et perspectives*. www.reds.msh-paris.fr/communic/stimec2.htm. Abril de 2001.

Stoufflet, Jean. 1987. «L'oeuvre norminative de la Chambre de Commerce Internationale dans le domaine bancaire» *in* Fouchard, Phillipe; Kahn, Philippe (org.). *Le droit des relations économiques internationales*. Paris: Litec.

Tarrade, Jean. 1994. «La pratique notariale en France et le droit comparé». *Revue Internationale de Droit Comparé*. Societé de Legislation Comparé, n.º 3, 803-807.

Teixeira, Carlos Adérito. 2000. *Princípio da oportunidade*. Coimbra: Almedina.

Teubner, Gunther. 1986. *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlim: de Gruyter.

Teubner, Gunther. 1993. «Substantive and reflexive elements in modern law». *Law and Society Review*. 17 (2), 239-285.

Thery, Philippe. 1978. «Access to justice in France». *In* Cappelletti, M. and Garth, B.. *Access to justice: a world survey*. Vol. I. Giuffrè: Sijthoff, 479-523.

Thompson, Bonita J. 1991. «Building an arbitration and mediation center from internacional foundations to domestic rooftops: a case study of the British Columbia International Commercial Arbitration Center» *in* Mackie, Karl, *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell, 201-220.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *abc dos Juizados Especiais Cíveis*. Subsecretaria de Serviços Gráficos.

Umbreit, D. Mark S. 1999. *What is restorative justice?* Center of Restorative Justice & Peacemaking. School of Social Work. Minnesota: University of Minnesota.

Vallini, Barbara.1996. *Il giudice di pace: per le piccole controversie si puo' avere una giustizia piu' veloce e meno costosa*. www.aduc.it/Avvertenze/Schedearchivi/scheda3.html, Abril de 2001.

Van de Kerchove, Michel. 1993. «Dérégulation» e «Dépénalisation» *in Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 176-179.

Varaut, Jean-Marc. 1998. *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques*. Paris: La Documentation Fraçaise.

Varona, Gema. 1996. *Restorative justice: new social rites within the penal system?* Oñati: Instituto Internacional de Sociologia Juridica.

Vicente, Dário Moura. 1990. *Da arbitragem comercial internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.

Vincent, Jean; Guinchard, Serge; Montagnier, Gabriel; Varinard, André. 1996. *La justice et ses institutions*. Paris: Éditions Dalloz.

Walker, Janet. 1991. «Family conciliation: from research to practice» *in* Mackie, Karl, *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London and New York: Routledge and Sweet & Maxwell, 134-145.

Wouters, Y. e Van Loon, F. 1991. «Civil litigation in Belgium: the reconstruction of the pyramid of legal disputes (a preliminary report)» *in* Blankenburg, E. Commaille, J. e Galanter, M.. *Disputes and litigation.* Oñati Proceedings 12: Oñati International Institute for the Sociology of Law, 23-38.

Zuckerman, Adrian A. S. (org.). 1999. *Civil justice in crisis – comparative perspectives of civil procedure.* Oxford: University Press.