

becomes unnecessary, the creditor saves time and money. In addition, regularly he does *not* need translations of his title as the standard form for the certificate as European enforcement order is covering all official languages.

The committee, however, underlines that this order is only a first step for the establishment of a real European legal space with harmonized proceedings including the law of enforcement.

The Regulation on the European Enforcement Order should become effective on 01.01.2004. This date could not be met. But the final text of the Regulation was adopted by the European Parliament on 30.03.2004 and it is, therefore, just a matter of time that the Regulation is published in the Official Journal and shall become effective.

5. PROSPECTS OF EUROPEAN CIVIL PROCEDURE

The European law on civil procedure was growing rapidly in the last years.

1. Besides the subjects explained in these lectures the Council was active in *family matters*. By Regulation of 29.05.2000 jurisdiction and recognition and enforcement in matrimonial matters and in matters of parental responsibility was regulated (n. 1347/2000/EC). This regulation was repealed and substituted by Regulation n. 2201/2003 of 27.11.2003 harmonizing the rules on parental responsibility with the relevant Hague Conventions and broadening it to all decisions on parental responsibility including measures for the protection of the child. You may wonder that the European Union which is intended to adopt measures necessary for the proper functioning of the internal market is dealing with divorce and parental responsibility. But in practical terms it was felt that conflicts between the courts of the Member States with regard to divorce and parental responsibility are an earnest hindrance with regard to the free movement of persons within the community.

2. According to the program of Tampere a lot of further projects for the unification of specific subjects of procedural law are in preparation.

Those preparations are mainly made within so-called Greenbooks. There are Greenbooks

- on Alternative Procedures for Dispute Resolution (as facultative procedure)
- on the European dunning procedure
- on measures to simplify and accelerate the resolution of disputes regarding small claims,
- on a European enforcement order for maintenance, and
- on measures to ease enforcement including
- Measures of provisional remedies,
- Attachment of bank accounts, and
- as to the Transparency of property.

In only a few years the commission will develop concrete draft regulations on these matters and as long as the European Union will be politically successful, the unification of civil procedure will proceed step by step.

III DIREITO COMPARADO

1

O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade

PAULA COSTA E SILVA

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO: A autora trata das profundas transformações que vêm sofrendo os métodos de acesso ao Direito. Há o acesso aos Tribunais, mas os meios alternativos de resolução de controvérsias vêm se tornando cada vez mais frequentes. São métodos efetivamente complementares.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Meios alternativos pretenciosos – Mediação – Meios alternativos de resolução de controvérsias.

RESUMEN: La autora trata de las profundas transformaciones que han sufrido los métodos de acceso al Derecho. Está el acceso a los Tribunales, pero se han vuelto cada más frecuente los medios alternativos de resolución de controversias. Son métodos efectivamente complementarios.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje – Medios alternativos pretenciosos – Mediación – Medios Alternativos de resolución de controversias.

SUMÁRIO: 1. O tema – 2. Os meios alternativos pré-contentenciosos – 3. O princípio *de minimis non curat praetor* e a jurisdição dos julgados de paz – 4. A preferência da autonomia face à heteronomia – 5. A arbitragem e o sistema judicial – 6. O actual ponto de ruptura do direito de acção: o direito à satisfação efectiva.

1. O TEMA¹

1. Acedemos muito recentemente a um texto de Peter Gottwald² que veio confortar-nos quanto ao acerto de uma intuição ou percepção que fomos formando nos últimos anos: o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Dependendo da maturidade e de uma série de circunstâncias sócio-políticas, até entre os anos 70 e 90 do século passado, quando se falava em direito de acesso ao Direito e à prestação jurisdicional efectiva pensava-se, imediatamente, num direito de acesso aos tribunais. E quando se referiam os tribunais, referiam-se os órgãos jurisdicionais de base estadual. A *ratio* deste modelo era intuitiva: num Estado de Direito, o indivíduo troca, queira ou não, a justiça privada pela justiça pública. Por seu turno, o Estado permuta a anarquia pela organização e prestação de serviços de Justiça, assim se garantindo que todo o conflito seja decidido por um juiz que, tendo o seu estatuto informado pelo princípio do juiz natural, ditará a solução do caso concreto em consonância com os dados do sistema.

Desde então, muito tem mudado nesta forma de compreender o acesso à Justiça. Um dos aspectos porventura mais curiosos reside naquelas que são as causas aparentes desta mutação. A busca de uma alternativa não terá sido induzida por uma reponderação descomprometida das diversas funções cometidas aos tribunais por referência ao núcleo da função jurisdicional, mas antes pelo peso financeiro da máquina judicial e pela sua impossibilidade de dar resposta atempada a uma procura crescente. Os tribunais implicam necessariamente custos elevados. Basta pensarmos nos seus recursos humanos, altamente qualificados. Por outro lado, o acesso efectivo à Justiça impõe, ainda e num tempo em que a repercussão do processo electrónico se não faz sentir de forma clara no alívio de custos com as infra-estruturas, a manutenção e ampliação de espaços físicos. O peso relativo das despesas com a máquina judicial agudiza-se em épocas de contracção das receitas directas e indirectas do Estado. A impossibilidade de as estruturas crescerem em ritmo idêntico ao do aumento exponencial da litigiosidade, determina a procura de esquemas alternativos de realização da Justiça. Seguramente por influência mais ou menos imediata do relatório elaborado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, houve que percorrer três caminhos distintos, mas confluente. Em primeiro lugar, houve que pensar a competência funcional dos tribunais, preservando-os para o exercício daquela que é sua função constitucional: a função de julgar perante a existência de um conflito. Em segundo lugar, houve que criar mecanismos que dissuadissem fortemente a litigação inútil porque referente a conflitos cuja resolução pode resultar, com ganho de tempo e sem perda de benefícios reais para as partes, de actos de auto-composição. Neste sector, a arma de que o legislador lança mão são as custas e as multas processuais, devendo ser ponderada a possibilidade de adopção de vias

1. O presente texto serviu de apoio a intervenção ocorrida em 19.10.2007, em Brasília, no âmbito das comemorações dos 200 anos do Poder Judiciário independente, organizadas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

2. *Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten*, FS Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, org. Gerhard Lücke/Takehiko Mikami/Hanns Prütting, Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, 137-155.

como a *offer to settle* e o *payment to court* do direito inglês.³ Em terceiro lugar, houve que incrementar esquemas alternativos de resolução de conflitos, quer estes pressupusessem a heterocomposição por órgãos jurisdicionais de base não estadual, quer estimulassem a autocomposição.

Neste balanço, pensamos não estar longe da realidade se concluirmos que, se as décadas de 60 e 70 do século passado poderão ficar conhecidas como o período de ouro do direito de acesso aos tribunais,⁴ de lá para cá assiste-se a uma reiterada dissuasão do recurso a esquemas formais e de base estadual de resolução de controvérsias e de satisfação efectiva de situações jurídicas prestacionais. Perante o custo, aparentemente exorbitante, de sistemas de Justiça que, alegadamente, já não funcionam, vem-se reconduzindo a competência dos tribunais ao seu núcleo duro: a resolução de litígios, com ou sem recurso necessário a esquemas prévios que permitam identificar exactamente a situação em que se impõe o exercício da função jurisdicional, ou seja, as situações em que é inelutável a prática de um acto heterónimo vinculante.

Portugal não foge a esta tendência. Actualmente convivem, no sistema de resolução de conflitos e de real satisfação de situações jurídicas violadas, múltiplas instâncias que entre si acabam por se distinguir através dos meios de acção que lhes podem e são efectivamente conferidos.

2. E como se articula o acesso ao sistema judicial com os demais meios alternativos de resolução de controvérsias?

Talvez de um modo artificial e pouco eficiente. A colocação inicial do tema desta intervenção rapidamente permite compreender por quê. Se a relação desejável entre as diversas formas e meios de resolução de controvérsias for de verdadeira alternatividade, ideia que se não subscreve na medida em que, como se verá, cada meio permite responder a diferentes necessidades, sempre se dirá, na esteira de Michele Taruffo, que a alternatividade pressupõe escolha livre pelas partes.⁵ Ora, só haverá livre escolha se todos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes. Se a Justiça pública nem é eficiente, nem é acessível, para além da evidente violação de garantias constitucionais, os meios chamados de alternativos acabam por ser meios necessários e inevitáveis,

3. Um esquema que, tal como o da *offer to settle* e o do *payment to court*, visa penalizar a falta de cooperação extra-processual entre as partes, foi acolhido no regime processual experimental no que respeita à responsabilidade do réu pelos custos quando este recuse a colaboração devida ao autor, rejeitando a apresentação de uma petição conjunta. Cfr. art. 9/3 do Dec.-lei 108/2006, de 8 de junho. Estranhamente, a solução legal apenas penaliza o réu não cooperante uma vez que nada se dispõe quanto ao autor que não propõe a esta parte a apresentação de petição conjunta. Sobre esta matéria, cfr. o nosso A Ordem do Juízo de D. João III e o regime processual experimental, em publicação nos *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*.

4. Peter Gottwald, *Mediation und gerichtlicher Vergleich*, cit., p. 138, afirma que o movimento "access to justice" determinou uma alteração das regras relativas ao acesso aos tribunais por hipossuficientes.

5. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti, *RePro* 152, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2007, p. 319-331 (328 e ss.).

minando-se a respectiva legitimidade com a supressão da liberdade de escolha efectiva. A alternatividade passa a termo retórico. No entanto, a sua manutenção no discurso é crucial enquanto salvaguarda formal da constitucionalidade dos novos modelos propostos.

Em que relação se devem encontrar os diversos meios que permitem resolver conflitos e restaurar a paz social?

Permitam-me que comece a minha resposta pelo relato de dois episódios. Soube, há poucos anos, como decorrera a avaliação psicológica de uma amiga de infância aquando do seu ingresso no jardim infantil da escola que ambas frequentámos, desde os quatro anos de idade até à conclusão do 12.º ano. Uma das fases da avaliação consistia em confrontar as crianças com o teste de encaixe de peças. Para grande constrangimento do pai, que a observava juntamente com a psicóloga, a minha amiga ter-se-á mantido sentada e imóvel por longo tempo frente à caixa e às peças coloridas e de diferentes formas. Até que, sem uma hesitação, foram por ela encaixadas nos lugares certos todas e cada uma das peças. O tempo de aparente imobilidade foi afinal tempo de intensa actividade intelectual: ao invés de usar o método ensaio/erro, ao invés de dar uma resposta qualquer, decorrente de tentativas mais ou menos arbitrárias, a criança ponderou os diferentes problemas (tantos quantas as peças em jogo), tendo revelado a capacidade para os resolver através de uma complexa e integrada conjugação de dados. Avanço apenas mais dois factos, que possivelmente satisfarão a sã curiosidade de quem me escuta e que justificam as teorias da transmissão e conformação genética da personalidade. A criança de então, que é hoje uma conceituadíssima médica, submeteu-se, enquanto adolescente, a uma rigorosa prova oral de matemática para conclusão do curso: foi classificada com 20 valores, a nota máxima na escala de valoração então vigente. Segundo facto. Enquanto mulher, teve uma filha. Num sábado, cumprindo um ritual institucionalizado de visita a livrarias, a criança foi confrontada com a necessidade de optar entre um livro que ela escolhera e aquele que lhe era proposto. A criança tinha, à data deste episódio, três anos. Deu a seguinte resposta: "Vou ponderar." Tal como a mãe, anos antes, ponderara antes de agir, a filha ponderava agora antes de escolher.

3. Por que associo estes episódios à minha intervenção?

O tema a tratar nesta ocasião é o do "Acesso ao sistema judicial e meios alternativos de solução de controvérsias". Esta matéria, como possivelmente qualquer outra, pode ser vista com ou sem ligação a uma dada realidade concreta. Pareceu-me mais interessante dar aqui nota do que se passa, neste contexto, em Portugal, descrever como é que nesse ordenamento se processa o acesso ao sistema judicial em ligação com os meios alternativos de solução de controvérsias.

E foi exactamente quando nos decidimos por este rumo que recordámos a ponderação da criança colocada perante a necessidade de optar entre dois livros.

No momento em que discorremos acerca do sistema judiciário e para-judiciário português não podemos deixar de lembrar que este se encontra em alteração. Esta não é superficial, pois arranca de uma mudança de paradigma quanto ao critério de resolução de larga percentagem dos conflitos (preferen-

cialmente uma solução não contenciosa, mas transaccionada), acompanhada da concentração das intervenções do juiz togado nos casos em que é necessário o exercício da função jurisdicional. Vão sendo cada vez mais escassas as competências judiciais de controlo de legalidade de actos de auto-composição.

Neste contexto, ecoam-nos na cabeça algumas observações que sugerem um certo erratismo e experimentalismo das soluções já implementadas ou a implementar. Não cremos que a crítica deva ser levada tão longe quanto pode pretender-se. Mas o certo é que, conforme advertem Wagner/Harbst, no final do estudo em que se interrogam acerca das virtualidades e possibilidades de transposição da Parte 36 das CPR inglesas⁶ para o direito alemão,⁷ não pode deixar de questionar-se se é efectivamente correcto que, num Estado de Direito, as partes sejam compelidas, através dos esquemas mais variados, a aceitar soluções negociadas em troca da demanda pela preservação do direito objectivo.⁸

Supomos não nos enganarmos se dissermos que o ponto de partida para a alteração por que passa o sistema judiciário português entronca na necessidade de contracção de despesas com um sistema de justiça alegadamente caro e que terá, também alegadamente, deixado de dar resposta em tempo útil aos cidadãos. Cremos que o mais absoluto lugar comum é actualmente constituído pela expressão "Crise da Justiça". E quando se fala em crise da Justiça logo se sustenta que os sistemas de Justiça são lentos e caros, que as estruturas processuais constantes dos tradicionais Códigos de Processo Civil são pesadas, rígidas e obsoletas; avança-se, de imediato, a solução: a Justiça, institucionalmente entendida, deve sofrer grandes e profundas reformas. Este estado de coisas induziria directamente a necessidade de repensar a função dos tribunais judiciais e o reconhecimento de instâncias alternativas de resolução de conflitos dentro dos parâmetros constitucionais.

Ensaiaremos, aqui, a apresentação de uma imagem fiel e verdadeira dos esquemas de resolução de controvérsias tal como vigentes em Portugal. Lamentavelmente, a relativa escassez de dados empíricos disponíveis, quer porque algumas soluções são muito recentes, quer porque determinados índices não foram analisados, apenas nos permitirá fazer juízos de prognose quanto ao efectivo impacto na estrutura judicial dos diferentes meios alternativos reconhecidos pela Constituição da República Portuguesa.

Certo é que o sistema assenta ainda na alternatividade entre meios de resolução de controvérsias. Pergunta-se: não estará a razão do lado daqueles que, como Taruffo,⁹ apontam como caminho correcto o da integração desses diversos meios? Não deverá tomar-se como paradigma para uma reforma, não

6. As regras que prevêm o regime aplicável à *offer to settle* e ao *payment to court*, na versão que lhes foi dada, por último, pela reforma de 06.04.2007.

7. *Offers to settle – Ein Modell für das deutsche Zivilprozessrecht?*, ZZP 120 (set. 2007), p. 269-302.

8. É com esta pergunta e com a sua aparente falta de actualidade que os autores terminam o citado artigo *Offers to settle – Ein Modell für das deutsche Zivilprozessrecht?* (cfr. p. 302).

9. *Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti*, cit., p. 328 e ss.

as expressões *processo ou arbitragem*, *processo ou mediação*, mas ao invés a idéia de *multi-door court*?

No entanto, e antes de prosseguirmos, não podemos deixar de registar alguma perplexidade perante as razões que induzirão a mudança na cultura judiciária.

Quando se afirma que os tribunais são caros, pergunta-se: são caros por referência a quê? E afinal quanto custam e quanto custarão estruturas que cumpram exactamente a mesma função? Porque, como é evidente, não serve comparar o custo do tribunal com o custo de outra estrutura se ambas exercerem funções diferenciadas ou se, exercendo idênticas funções, as exercerem relativamente a situações de bem diversa complexidade.

Por outro lado, quando se diz que os tribunais são lentos, pergunta-se: qual o tempo ideal de decisão? É evidente que é possível responder em abstracto: o tempo ideal é demarcado pela efectiva utilidade da decisão quando é proferida. Mas a concretização deste parâmetro não é fácil de realizar.

Pergunta-se, ainda: e podem os tribunais responder mais rapidamente do que respondem perante as contingências em que trabalham? Colocando a pergunta mais simplista de todas, pode um juiz que, segundo estatísticas oficiais, tem em média distribuídos aproximadamente 1.350 processo por ano, decidir mais rapidamente do que decide?¹⁰ Foi dada resposta ao aumento exponencial da litigiosidade através da adopção de medidas que permitiriam uma melhoria do tempo de resposta? As reformas processuais implementadas induziram realmente essa melhoria? Os meios humanos afectos ao exercício da função jurisdicional, aqui se incluindo a magistratura togada e os juizes de paz, cresceram na mesma proporção em que cresceu a litigiosidade?

Quanto às estruturas processuais e com excepção da efectiva alteração representada, no processo de conhecimento, pela injunção (que não é um procedimento de conhecimento, mas um procedimento de criação de um título executivo não reconduzível à categoria das sentenças),¹¹ terão estas uma tão acentuada potencialidade para induzir uma simplificação dos ritos que se encontram no Código de Processo Civil? Não é o procedimento de conhecimento dotado de elasticidade? Não têm os princípios da cooperação e da adequação formal e

10. Apesar de revelar uma manifesta sobrecarga relativamente à contingência razoável, este dado estatístico esconde os desequilíbrios concretos, decorrentes da afectação de magistrados a tribunais com bem diferenciadas pendências e com muito diversificadas competências. Este aspecto é expressamente assumido pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses que, em estudo elaborado sob o título "A construção do novo mapa dos tribunais: enraizamento, efectividade e mudança", já em abril de 2007, sustenta: "A racionalização da oferta é essencial e implica extinguir unidades jurisdicionais onde não se justificam e criar outras onde são necessárias. Implica distribuir os meios de forma mais adequada a conseguir mais ganhos na resposta a procura".

Quanto à contingência, cfr. o *Estudo de contingência processual*, apresentado pela mesma associação de juizes, em março de 2007.

11. Sobre esta questão, o nosso *Processo de execução*, v. 1. *Títulos executivos europeus*, Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

os poderes de condução do processo conferidos ao julgador a virtualidade de adaptar cada procedimento às efectivas necessidades da causa?

4. Não é este o tempo de analisar as diferentes respostas a dar as interrogações que aqui ficam em aberto. Em contraponto, perguntar-se-á, antes: não é preciso alterar nada? Deve manter-se a situação imutável? Serão negativas todas as soluções entretanto implementadas, que apontam para esquemas alternativos de resolução ou de absorção de litigiosidade? Não é adequado o caminho de concentração da intervenção judicial nos casos de exercício efectivo da função jurisdicional? Apesar de os próprios tribunais judiciais terem, em processos contenciosos, competência para conciliar as partes, não devem criar-se instâncias especificamente vocacionadas para a resolução autónoma dos conflitos? Não deve aceitar-se, com base numa interpretação racional do brocardo *de minimis non curat praetor*¹² e na transposição para a litigiosidade civil da distinção entre a grande e a pequena criminalidade, uma diferença nos critérios preferenciais de resolução dos litígios em situações de baixo impacto económico, mas de forte impacto social¹³ atendendo à intensa proximidade entre as partes?

Seguramente que a maioria destas questões merece uma resposta positiva, apesar de não nos podermos deixar impressionar pela ferocidade da crítica a que sempre se sujeita quem fala contra a corrente.¹⁴ Não obstante, qualquer processo de mudança da estrutura judiciária deve pressupor, conforme escreve Stephan Weth,¹⁵ que o legislador tenha em vista a pessoa dos juizes. Isto porque, e ainda de acordo com o mesmo autor, num Estado de Direito Democrático (ou num Estado Democrático de Direito), só é eficaz a implementação de reformas quando verificadas duas condições. Em primeiro lugar, que aqueles sobre os quais tais reformas se repercutem e que devem desenvolvê-las as consideram adequadas. A não ser assim, oferecer-lhes-ão resistência, umas vezes ostensiva, outras, sibilinamente. Em segundo lugar, que lhes sejam concedidos os meios necessários à integral implementação das reformas antes de ser operada nova mudança, quer isto dizer, que lhes sejam concedidas todas as condições de que depende o efectivo sucesso da reforma sem que esteja já num horizonte mais ou menos próximo a necessidade de retocar o quadro normativo delineado. Temos, infelizmente, em Portugal um exemplo acabado deste tipo de intervenção político-normativa: a grande reforma da acção executiva, que deveria resolver o

12. Sem que aí se faça apelo directo ao brocardo, parece ser esta uma das propostas da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no já referido estudo "A construção do novo mapa dos tribunais: enraizamento, efectividade e mudança". Cfr. p. 96.

13. A litigação a que, no estudo elaborado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, com vista à apresentação de uma proposta sobre a reorganização territorial da justiça – "A geografia da justiça – Para um novo mapa judiciário", se dá a designação de litigação nuclear de baixa intensidade.

14. Dando nota desta circunstância quanto à atitude assumida por parte da comunidade jurídica relativamente aos críticos da reforma do sistema judiciário alemão, Stephan Weth, *Die Grosse Justizreform in Deutschland – Ein Bericht aus Sicht der Wissenschaft*, ZJP 120 (2/2007), 135-157 (153).

15. *Die Grosse Justizreform in Deutschland*, cit., 135-157 (156).

flagelo da pendência de execuções. Entrou em vigor em 2003, estavam então pendentes 450.000 execuções. Logo aquando da publicação do diploma em Diário da República advertimos para o seu maior problema: a falta de programação e de estruturação de meios técnicos e de recursos humanos necessários ao funcionamento do novo modelo, cuja valia é inquestionável. Tudo quanto foi dito não foi escutado: a dinâmica deve ser de sucesso! Lamentavelmente, o tempo deu-nos razão: o número de pendência na execução em 2004 era já de 750.000. Conclusão: apesar de ter sido publicada em 2003, a reforma da acção executiva está novamente sob a mira da reforma, depois de, entretanto, haverem sido introduzidas medidas para o seu desbloqueamento. Uma reforma que, nos seus vectores fundamentais, é boa termina em insucesso por pura precipitação.

5. Face ao que antecede, diremos que são exactamente as diferentes respostas a dar às várias questões colocadas que devem determinar o sentido das reformas a operar nos sistemas judiciário e processual de modo a tornar-se a aplicação da Justiça mais racional e ágil. Partindo essencialmente dos arts. 202 e 209 da Constituição da República Portuguesa que, respectivamente, nos apontam o núcleo da função jurisdicional e reconhecem os órgãos que a podem exercer, e do art. 20 da mesma Constituição, que regula a relevantíssima matéria do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, deverá, então, desenhar-se a distribuição de competências entre os tribunais judiciais e as demais jurisdições que colaboram na resolução de conflitos civis (tribunais arbitrais, institucionalizados ou *ad hoc*, julgados de paz), entre os tribunais judiciais e as estruturas para-judiciais (conservatórias do registo civil, conservatórias do registo comercial, agentes de execução), entre os meios contenciosos e os meios não contenciosos (mediação). A interligação entre os diversos sistemas foi expressamente assumida em estudo entregue ao Ministério da Justiça, em março de 2007 e por este encomendado, que concluiu por uma “proposta de revisão do mapa judiciário”.¹⁶

É, assim, num contexto de alguma instabilidade que passarei a descrever o sistema português no que tange ao acesso ao sistema judicial e aos meios alternativos de resolução de controvérsias.

2. OS MEIOS ALTERNATIVOS PRÉ-CONTENCIOSOS

6. Estamos habituados a encarar, em Portugal, a relação entre o sistema judicial e os meios alternativos enquanto relação de verdadeira alternatividade: sendo as situações jurídicas disponíveis, cabe às partes fazer a opção pelo sistema de composição que lhes parecer mais adequado. Neste contexto, a justiça estatal concorre com a arbitragem e com a mediação extrajudicial.

No entanto, uma das actuais tendências do direito processual aponta no sentido da existência de uma relação de antecedência dos meios alternativos

16. O estudo foi realizado por uma equipa do Departamento de Engenharia Civil da Universidade de Coimbra (DEC-UC), coordenada pelo Professor Doutor António Pais Antunes, em colaboração com os serviços do Ministério da Justiça. Le-se no referido estudo que “f) a reforma do mapa judiciário não poderia ser dissociada da redefinição da política pública de justiça, ampliando os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios”.

relativamente aos meios contenciosos. Estes surgem, simultaneamente, como meios não contenciosos e como meios prévios ao recurso a tribunal. Sendo meios prévios à propositura de uma acção, não devem ser confundidos nem com a conciliação que o juiz deve tentar no decorrer de um qualquer processo judicial, com os procedimentos de mediação extrajudiciais, mas intraprocessuais. Caso típico de um sistema ao que ao juiz é cometida a função de conciliação das partes é constituído pelo sistema português. Infelizmente, por falta de tempo operacional, esta solução não leva, regra geral, a auto-composição das partes. Já o sistema francês constitui exemplo do segundo tipo: segundo o art. 131 do NPCP, o juiz pode, em qualquer altura do processo, suspender a instância e remeter as partes para uma mediação extrajudicial. Segundo os dados recolhidos, a eficácia desta medida vem estando, de algum modo, comprometida, porque a sua adopção depende da obtenção, pelo tribunal, do acordo das partes para a mediação.

7. Regressando aos meios pré-contenciosos, a sua natureza jurídica varia muito significativamente na Europa e mesmo no espaço de alguns Estados-membros. Ainda vigentes de modo muito incipiente, são apontados como uma solução de futuro. Deste facto é claro indício a circunstância de haverem sido escolhidos como um dos temas centrais do Congresso Mundial de Direito Processual, que decorreu em Salvador, entre os dias 16 e 20 de setembro.

No sistema inglês, vêm sendo instituídos, desde finais da década de 90 do século passado, os chamados *pre-action protocols*.¹⁷ Estes podem ser genericamente definidos como procedimentos padronizados e extrajudiciais de composição autónoma de conflitos. Se emergente um litígio submetido ao âmbito de aplicação de um dos protocolos em vigor, a parte não deve recorrer, de imediato, à via judicial, devendo antes encetar o procedimento que se destina à obtenção de uma solução negociada ou, na sua impossibilidade, a preparar a ulterior propositura da acção. Se a parte recorre directamente a tribunal, a acção não é julgada inadmissível, mas ser-lhe-ão impostas as penas civis que o tribunal entender adequadas. A pena mais frequente traduz-se na imposição de elevadas custas e multas. Por outro lado, tem o tribunal o poder de remeter as partes para o procedimento extrajudicial de composição, suspendendo, entretanto, a instância. Conforme se lê na regra 4.7 das *Practice Directions on pre-action protocols*, “the courts take the view that litigation should be a last resort, and that claims should not be issue prematurely when a settlement is still actively being explored. Parties are warned that if the protocol is not followed, than the court must have regard to such conduct when determining the costs”.

17. Actualmente encontram-se em vigor os seguintes *pre-action protocols*: *protocol for personal injury*, que entrou em vigor em 26.04.1999, *protocol for clinical negligence*, que entrou em vigor em 26.04.1999, *protocol for construction and engineering disputes*, que entrou em vigor em 02.10.2000, *protocol for defamation*, que entrou em vigor em 02.10.2000, *protocol for professional negligence*, que entrou em vigor em 16.07.2001, *protocol for judicial review*, que entrou em vigor em 04.03.2002, *protocol for disease and illness*, que entrou em vigor em 08.12.2003 e *protocol for housing disrepair*, que entrou em vigor em 08.12.2003.

Também a lei alemã veio admitir, através do recente § 15a EGZPO,¹⁸ a adopção de procedimentos pré-contenciosos nas legislações processuais civis dos diferentes Estados.¹⁹ Justificados com a necessidade de racionalização do recurso aos tribunais, estes procedimentos constituem, de acordo com a posição do BGH,²⁰ verdadeiras condições de admissibilidade da acção. Porém, o BGH tem sido sujeito a dura crítica pela doutrina ao ter decidido, num caso concreto, que tais procedimentos devem ter-se por infrutiferamente percorridos antes da propositura da acção. No caso sob exame, a parte recorreu a tribunal antes de propor a acção, sendo confrontada com uma decisão de inadmissibilidade desta acção. Requereu, então, que esta decisão fosse revogada e que fosse permitida a suspensão da instância para que se encetasse o procedimento pré-contencioso. O BGH manteve a decisão de inadmissibilidade, sustentando que o procedimento pré-contencioso é uma condição de admissibilidade que, ao invés das demais, não deve estar apenas verificada aquando da conclusão da segunda audiência, mas aquando da propositura da acção. Ao afastar-se tanto do regime aplicável aos procedimentos de mediação pré-contenciosa quer em processo administrativo (cfr. § 68 e seguintes da VwGO), quer em processo de trabalho (§ 54 ArbGG), como do regime genericamente aplicável às condições de admissibilidade, o BGH acaba por reconduzir a função dos procedimentos pré-contenciosos a razões estritamente economicistas: o único objectivo da mediação prévia é o de afastar a litigiosidade potencial dos tribunais e não a de obter, através da via negociada, uma solução que contribua directamente para a paz social.

8. Em Portugal, os procedimentos pré-contenciosos foram previstos no Anteprojecto do Código do Consumidor. Dispõe este Anteprojecto, no seu art. 535, que sempre que o litígio estiver em condições de ser submetido à apreciação de entidades extrajudiciais, que tenham instituídos procedimentos de resolução de conflitos de consumo, o exercício do direito de acção dependerá da prova de que as partes, há menos de seis meses, tentaram por aquela via a composição dos seus interesses.

3. O PRINCÍPIO DE *MINIMIS NON CURAT PRAETOR* E A JURISDIÇÃO DOS JULGADOS DE PAZ

9. Numa implementação racional do princípio de *minimis non curat praetor*,²¹ o legislador português veio criar uma rede de julgados de paz, órgãos paralelos aos juizados especiais brasileiros.

18. Introduzido pela lei de promoção da resolução extrajudicial de litígios (Gesetz zur Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung), de 15.12.1999, publicada em BGBl. I, p. 2.400, acessível em <www.rechtliches.de>, e que entrou em vigor em 01.01.2000.

19. Até ao presente, instituíram procedimentos pré-contenciosos Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Brandenburg, Hessen, Saarland, Sachsen-Anhalt e Schleswig-Holstein. Dados recolhidos em Becker/Nicht, Einigungsversuch und Klagezulässigkeit, ZJP 120 (2/2007), 159-197, nota 10.

20. BGHZ 161, 145-151.

21. Sobre este princípio, Phillip Schmieder, *De minimis non curat praetor*. Erheblichkeit als Zulässigkeitssschranke, ZJP 120 (2/2007), 199-217 (199-201). Sobre

Com origem em regimento do séc. XVI,²² obtiveram expresso reconhecimento constitucional (cfr. art. 209/2 da CRP), pretendendo-se que, num futuro relativamente próximo, venham a ter cobertura universal (cfr. Resolução do Conselho de Ministros, n. 172/2007, de 11.10.2007, publicada no *Diário da República* 213, Série I, de 06.11.2007, nos termos da qual se prevê a instalação de quatro julgados de paz até final de 2007 e de outros quatro até final de 2008).

Actualmente, existem 15 julgados de paz. Nos tribunais já instalados e com excepção de um caso pontual, crê-se que em vias de resolução, o tempo de pendência média de um processo perante estes tribunais é de 55 dias. Mais se verifica uma baixa taxa de recursos interpostos de decisões proferidas por esta jurisdição, sendo ainda mais baixa a taxa de revogação das decisões proferidas.

A competência dos julgados de paz é delimitada pelo valor da causa (só podem conhecer de questões de valor igual ou inferior à alçada da primeira instância, ou seja, aproximadamente 15.000,00 Euros; cfr. arts. 8 da Lei 78/2001, de 13 de julho, e 24/1, da Lei 3/99, de 13 de janeiro) e pela matéria (cfr. art. 9 da Lei 78/2001, de 13 de julho; diremos, simplisticamente, que o traço característico quanto à competência dos julgados de paz acaba por ser subjectivo, pois que vem a delimitar-se quanto ao tipo de frequência da obrigação pecuniária incumprida por exclusão dos litígios que envolva pessoas colectivas).

Tramitando as acções segundo procedimentos extremamente simples (porque vocacionados para uma litigiosidade de baixa complexidade), os julgados de paz funcionam em rede com serviços de mediação que procedem à mediação extrajudicial. Também esta acaba por absorver muita conflitualidade. Pela simplicidade de funcionamento e leveza de estrutura, os julgados de paz colaboram na realização da justiça (que aqui é essencialmente de paz) com um custo relativamente baixo. A este aspecto é actualmente muito sensível qualquer sistema de justiça.

10. Um dos problemas não resolvidos pelo legislador aquando da criação desta jurisdição respeita à respectiva articulação com uma das estruturas da justiça estadual formal, a saber, com os juízos de pequena instância cível. Sendo tribunais presididos por um juiz togado e de carreira, a competência destes juízos coincide largamente com a competência dos julgados de paz. Desde sempre que se colocou a questão da relação existente entre a jurisdição estadual e a justiça de paz em zonas territoriais cobertas pelos dois tipos de jurisdição. Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu acórdão em que se decidiu pela existência de um concurso de competências materiais entre juízos de pequena

a sua eventual vigência no direito romano pós-clássico, cfr. D. 4.1.4. ("Scio illud a quibusdam observatum, ne propter fati minima rem, vel summam, si maiori rei, vel summae praeiudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat.")

22. Regimento dos Concertadores de Demandas, de 1519, publicado in: J. O. Cardona Ferreira, *Justiça de paz*. Julgados de paz. Abordagem numa perspectiva de justiça, ética, paz, sistemas, historicidade. Coimbra: Coimbra ed., 2005, p. 113-120, instrumento que previa já a confidencialidade da audiência que ocorria entre o concertador e as partes.

instância cível e julgados de paz;²³ a escolha por uma ou por outra jurisdição depende de escolha da parte. Este dado poderá concorrer para uma diminuição do impacto que os julgados de paz têm no acesso à jurisdição estadual, sendo eventualmente menor a percentagem de litigiosidade que virão a absorver.

4. A PREFERÊNCIA DA AUTONOMIA FACE À HETERONOMIA

12. Outro dos slogans na construção das relações entre o sistema formal de justiça e os meios alternativos visa tornar manifestas as vantagens da mediação e reza: "Negociação em vez de decisão". Nesta sua formulação, o *slogan* é neutro, mas faz-nos recordar o adágio popular de que "mais vale um mau acordo do que uma boa demanda".

A aproximação do slogan ao adágio não deve ser entendida como traduzindo qualquer hostilidade relativamente à mediação. A mediação tem seguramente vantagens (maior celeridade na obtenção de uma solução; regra geral, e porque ambas as partes aceitam a solução, maior rapidez de cumprimento das obrigações fundadas no acordo; maior adequação de uma solução que, ao invés do *tudo ou nada*, pondera o *tanto quanto* possível a uma ulterior convivência entre as partes; confidencialidade), mas tem, também, inconvenientes, quer para as partes em concreto (ausência de poderes de autoridade do mediador que implica a falência do procedimento quando as partes não são cooperantes ou não o são em termos que permitam uma solução autónoma, com recurso ulterior necessário a tribunal, onde, aparentemente, se parte do ponto zero; ausência de esquemas de composição provisória do conflito), quer para o sistema de aplicação da Justiça em geral (descrédito dos esquemas formais de Justiça sempre que a mediação ou qualquer outro meio surge associada à resolução de problemas que os tribunais são incapazes, quer por falta de preparação técnica, quer por falta de meios, de resolver).²⁴

Se há situações em que a mediação apresenta enorme potencial de pacificação das partes em conflito e, através desta pacificação, de resolução autónoma da controvérsia, outras há em que a mediação pouco ou nada pode prestar. Bastam dois exemplos para ilustrar um e outro pólo: se a mediação tem um papel crucial na resolução de conflitos relativos ao exercício do poder paternal, ela pouco pode prestar na litigação de massas. A compreensão deste limite é absolutamente determinante para que a mediação não venha a aparecer, nomeadamente no discurso político, como mais um meio de salvação da Justiça que, por esforço dos seus limites, acaba por não responder adequadamente nem sequer ao tipo de litigiosidade em que pode apresentar grandes vantagens.

E num ponto deve assentar-se já para que se tenha uma percepção exacta do que a mediação, quando processada em termos adequados, realmente representa em termos de custos: ela é tanto ou mais dispendiosa do que a solução por via de

23. STJ, Proc. 07B881, n. 11/2007, j. 24.05.2007 (Salvador da Costa), disponível em <www.dgsi.pt.> e publicado no *Diário da República* 142, série I, de 25.07.2007, p. 4.733.

24. Quanto às vantagens e inconvenientes específicos da mediação na área económica. Jörg Risse, *Wirtschaftsmediation*, NJW 2000, 1.614-1.620 (1.618-1.620).

decisão judicial. Se for realizada por referência as vantagens que se lhe apontam, a mediação requer técnicos altamente especializados. E não se esqueça que as partes, tendo alternativa, apenas recorrerão à mediação caso esta lhes garanta a adequação do processo de busca da solução. Uma mediação levada a cabo por recursos humanos não especializados e insuficientemente treinados será uma espécie de psico-drama mal dirigido, não um meio alternativo de solução de controvérsias. E lembre-se que a mediação, com a imensa desvantagem da falta de poderes de autoridade do mediador quando é impossível atingir o consenso, concorre com a mediação intra-processual, de que está incumbido o juiz.²⁵

Com efeito, não pode perder-se de vista que todo o juiz deve, ao longo do processo, tentar a conciliação entre as partes. Esta tentativa de conciliação é uma mediação. Quer isto dizer que a actividade de mediação, enquanto esquema de resolução de conflitos, também compete ao juiz. Ora, para que a mediação seja um meio verdadeiramente alternativo de resolução de controvérsias é fundamental que o mediador tenha, em primeiro lugar, o tempo necessário à criação de uma boa comunidade de comunicação e, em segundo lugar, disponha do instrumentário técnico que lhe permita, sem incorrer no risco da manipulação,²⁶ ajudar na busca de uma solução com a qual, uma vez findo o procedimento, ambas as partes estejam efectivamente satisfeitas.

13. Pelo que pudemos apurar, não há dados específicos quanto à percentagem de litígios que vêm a ser resolvidos através de mediação extra-judicial. Apenas podemos dar aqui nota de uma informação que nos chegou officiosamente: a percentagem, não sendo significativa em termos de alívio do sistema judicial, aumentou aquando da instalação de centros de mediação para conflitos de direito privado junto dos julgados de paz. Por outro lado, a mediação tem tido algum sucesso nos conflitos de consumo que, tendencialmente, não chegam ao sistema judicial (o baixo valor da prestação alegadamente incumprida ou da indemnização devida não justificam, da óptica da parte, o recurso a tribunal, atendendo aos custos que a acção implica). Ainda não há elementos mínimos quanto à mediação penal. No entanto, atendendo às vantagens económicas que envolve para o lesado, supõe-se que, na sua área de actuação, venha a ser medida de grande impacto.

5. A ARBITRAGEM E O SISTEMA JUDICIAL

14. Para o fim ficou a arbitragem. Tendo a sua intervenção confinada ao campo dos direitos disponíveis, numa certa indistinção dos diferentes limites da autonomia privada (relaciona-se directamente a autonomia para a escolha da jurisdição com a autonomia para a celebração de transacção, quando aquela não implica esta), a arbitragem vem tendo dois espaços privilegiados de actuação.²⁷

25. Acerca das vantagens e inconvenientes da mediação intra-processual, Manfred Wolf, *Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit*, ZJP 89 (1976), 260-293 (262-267).

26. Peter Gottwald, *Mediation und gerichtlicher Vergleich*, cit., p. 154.

27. Para uma visão da arbitragem como corolário do Estado-dos-cidadãos, Diogo Leite de Campos, *A arbitragem voluntária, jurisdição típica do Estado-dos-*

a conflitualidade de baixo impacto económico e a litigiosidade ou altamente especializada ou que deve ser rodeada de confidencialidade.

Cada um destes dois paradigmas de conflitos determina uma configuração diversa do procedimento e das estruturas arbitrais. A conflitualidade de baixo impacto económico, regra geral, não chegaria ao sistema judicial: a arbitragem, assegurada por Centros tendencialmente subsidiados por ordens profissionais, permite garantir a vigência efectiva do direito de acesso à justiça. No pólo oposto, a conflitualidade altamente especializada ou que deve ser mantida sob sigilo tende igualmente a ser subtraída ao sistema formal de justiça. Neste caso, a arbitragem, com as suas vantagens (confidencialidade, possibilidade de escolha do decisor, possibilidade de postergação de regras substanciais de direito estrito) é o meio escolhido.

Se atendermos aos dois tipos de frequência de litígios que são decididos por via arbitral, podemos extrair a seguinte conclusão: porque um e outro tendem a não ser submetidos à decisão por um magistrado, a arbitragem, mais do que um meio alternativo é o meio adequado à solução dos litígios que a ela acedem. Quanto a estes dois tipos de litígios, a relação de alternatividade inverte-se na sua formulação: é sistema judicial que funciona como meio alternativo, de existência necessária, relativamente à arbitragem.

6. O ACTUAL PONTO DE RUPTURA DO DIREITO DE ACÇÃO: O DIREITO À SATISFAÇÃO EFECTIVA

15. Os diversos esquemas de resolução de controvérsias até aqui analisados permitem uma ilação: no âmbito do processo de conhecimento vem sendo possível implementar vias alternativas de decisão, que, de algum modo, aliviam o sistema judicial.

Infelizmente e se, acrescentando ao que já se disse, se lembrar o sistema de criação de títulos executivos consubstanciado pela injunção, intuir-se-á que grande parte dos problemas acaba por ser transferida para a fase de execução. Se é verdade que, também quanto a esta vertente da proibição de autotutela, foram implementadas medidas que visam desbloquear os tribunais que contactam com a execução, reduzindo a respectiva intervenção às situações em que é necessário o exercício do poder jurisdicional, certo é, também, que estas medidas foram postas em vigor num tempo em que todas as estruturas tendem a contrair-se. Para além do prognóstico feito em tempos, é, já hoje, possível fazer parte do diagnóstico da reforma da execução: algumas das causas da actual doença foram já identificadas, estando, acima de todas elas, a falta de estruturas tecnológicas, logísticas e humanas, necessárias ao bom funcionamento da lei.

direitos e dos cidadãos. Estudos em homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Coimbra: Almedina, 2007, p. 39-53 (n. 5).

IV ATUALIDADES NACIONAIS

I

Da alienação por iniciativa particular

DALTON SAUSEN

Especialista em Processo Civil pela Unisinos. Advogado.

RESUMO: O presente estudo versa acerca do novel instituto da alienação por iniciativa particular, introduzido no CPC pela Lei 11.382, de 06.12.2006. Inicialmente, analisa os fundamentos e escopos da introdução do novo mecanismo no sistema processual civil e a parcial “desjudicialização” dos atos expropriatórios consubstanciada na transferência ao exequente da prerrogativa de promover a venda do bem penhorado. Trata, também, do papel do juiz em face do novel instituto e da nova leitura que deve ser realizada em relação aos princípios da iniciativa da parte e do impulso oficial, e, ainda, da sua natureza jurídica. Por fim, enfrenta as questões relacionadas ao procedimento e aspectos práticos da alienação por iniciativa particular.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação particular – Iniciativa da parte – Impulso oficial – “Desjudicialização” – Papel do juiz – Atos expropriatórios – Natureza jurídica – Procedimento – Aspectos práticos.

RESUMEN: El presente estudio versa acerca del novel instituto de la alienación por iniciativa particular, introducido en el CPC por la ley 11.382, de 06.12.2006. Inicialmente, analiza los fundamentos y escopos de la introducción del nuevo mecanismo en el sistema procesal civil y la parcial “desjudicialización” de los actos expropiatorios consubstanciada en la transferencia al ejecutante de la prerrogativa de promover la venta del bien pignorado. Trata, también, del papel del juez frente al novel instituto y de la nueva lectura que debe ser realizada en relación a los principios de la iniciativa de la parte y del impulso oficial, y, aún, de su naturaleza jurídica. Finalmente, enfrenta las cuestiones relacionadas al procedimiento y los aspectos prácticos de la alienación por iniciativa particular.

PALABRAS-CLAVES: Alienación particular – Iniciativa de la parte – Impulso oficial – “Desjudicialización” – Papel del juez – Actos expropiatorios – Naturaleza jurídica – Procedimiento – Aspectos prácticos.