

Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial*

Reform of Justice Administration - A New Relationship between Judicial and Non-judicial Issues

JOÃO PEDROSO

Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

RESUMO

O artigo busca analisar as transformações que o direito e a administração da justiça vêm sofrendo, bem como as novas relações estabelecidas entre o judicial e o não-judicial, a partir das investigações efetuadas no Observatório Permanente da Justiça, em Portugal.

Palavras-chave: Administração da Justiça, Sistema judicial, Transformações do direito.

ABSTRACT

Based on the investigations made in the Permanent Observatory of Justice, in Portugal, the article analyses the transformations occurring in law and in justice administration, as well as the new relationship between judicial and non-judicial issues.

Key words: Justice administration, Judicial system, Law transformations.

* O presente artigo é uma nova versão do capítulo 1 do relatório de investigação do OPJ – “Percurso(s) da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)” (Pedroso, Trincão e Dias, 2001). Agradeço a Catarina Trincão o apoio que me deu na elaboração deste texto.

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 têm estado sujeitos 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.” (Galanter 1993: 103, citando Macneil [1984-1985]; Galanter, 1983; Teubner, 1987).

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 auto-referencial e auto-poietico e a concepção do direito como construção social, produzido num contexto social (Guibentif, 1992; Faria, 1997; e 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 “sobre-juridicização 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 sobre-juridicização da sociedade é a sobre-socialização do direito. O direito fica prisioneiro da política ou dos subsistemas regulados, “politicizando-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 re-

¹ Galanter (1993: 103)

dundarem em “ineficácia do direito”. A discrepância da autoprodução interna do direito com a das outras esferas sociais, que regula, tornam a regulamentação jurídica ineficaz ou contraproducente.²

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 autopoieticos e auto-referenciais, são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.), todos eles fechados, autônomos, auto-contidos, e auto-referenciais, 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 autopoieticas. Santos (2000: 147-148) recusa que a solução para a crise do direito seja a concepção do direito como um sistema autopoietico, 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 autônomo. 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 auto-norma e eficácia do Estado. Os limites da regulação jurídica, essencialmente a “materialização” (ou sobrecarga) e a ineficácia, são problemas politicamente determinados (Santos, 2000: 151).³

² Este enunciado sintético sobre os sistemas auto-referenciais e auto-poiéticos segue a exposição de Santos (2000) e Guibentif (1993).

³ Cf. Pedroso (2001a: 15-17).

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, deixan-

do, 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 assinalai, 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 supra-citadas 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 analisarei à frente, a desjudificação e a tendência da sociedade para a negociação e para a descoberta de novos meios de resolução de litígios fora do tribunal.

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 profes-

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, 1993b: 321)

sionais 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 assiste-se, 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.

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

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

especializada por parte dos advogados. Há modalidades específicas de processos litigiosos que decrescem ao mesmo tempo que outras vão ganhando importância.

Assim, citando Kagan, Galanter mostra que nos Estados Unidos as acções por dívidas, apesar do seu crescimento, não têm acompanhado a subida verificada na actividade que lhes é subjacente (1984: 323).

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 se encontram 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 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

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).

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 no início dos anos 60 (1963, 1964). 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 OPJ⁷

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 pode-se 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 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 cível⁸ (acções declarativas cíveis), de 1970

⁷ O OPJ – 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, do qual o autor é investigador.

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.

até 2000 (Figura 1), revela um crescimento contínuo até 1998, podendo ser analisada 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 cível⁹ ¹⁰.

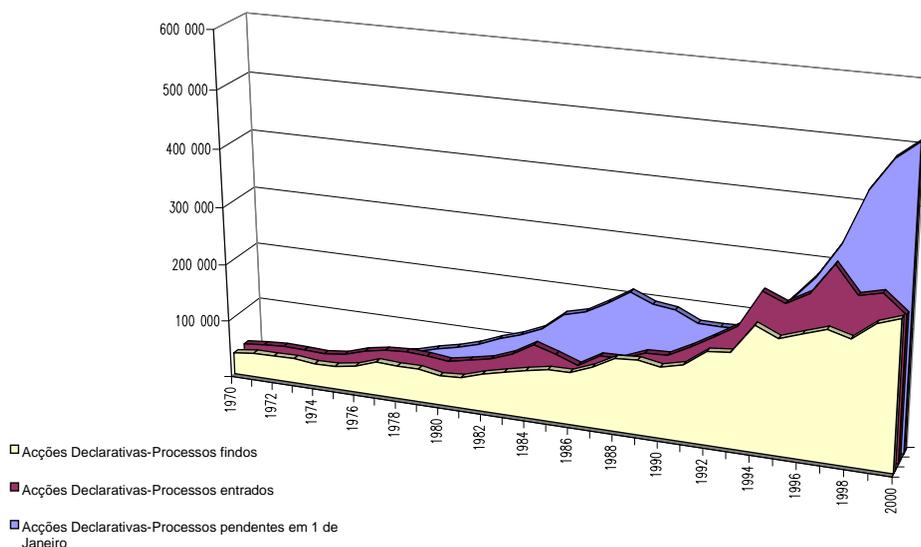
No entanto, é de admitir que com a estabilização da resposta suscitada pela providência da injunção e o contínuo crescimento da consciência dos direitos pelos cidadãos e o desenvolvimento do mercado, a tendência para o decréscimo de acções declarativas entradas verificado no último período analisado 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 justiça¹¹.

⁹ Como já se analisou 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.

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, é a reforma da acção executiva, que retirará litigação de massa dos tribunais (cobrança de dívidas) para os “solicitadores de execução” ou para as “secções de execução”.

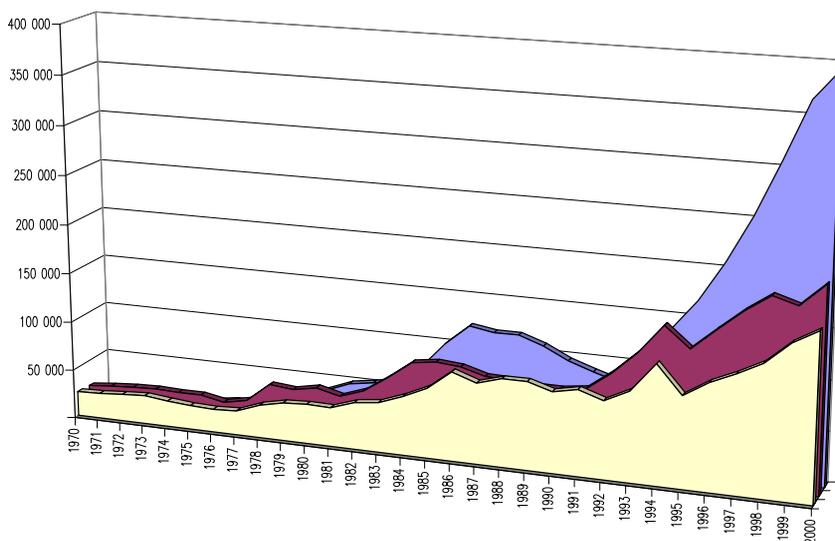
Figura 1 - Evolução do movimento processual cível - Acções declarativas pendentes, entradas e findas - (1970-2000)



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



□ Acções Executivas Cíveis-Processos findos ■ Acções Executivas Cíveis-Processos entrados ■ Acções Executivas Cíveis-Processos pendentes em 1 de Janeiro

A justiça criminal

Igual tendência de crescimento é registada no domínio da justiça penal. Factores económico-sociais conduziram a fenómenos de criminalização (caso dos 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.¹² (Gomes, 2001: 65-66).

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.

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.

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 1998¹⁴ e à sua consequente exclusão do sistema de justiça penal. 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.

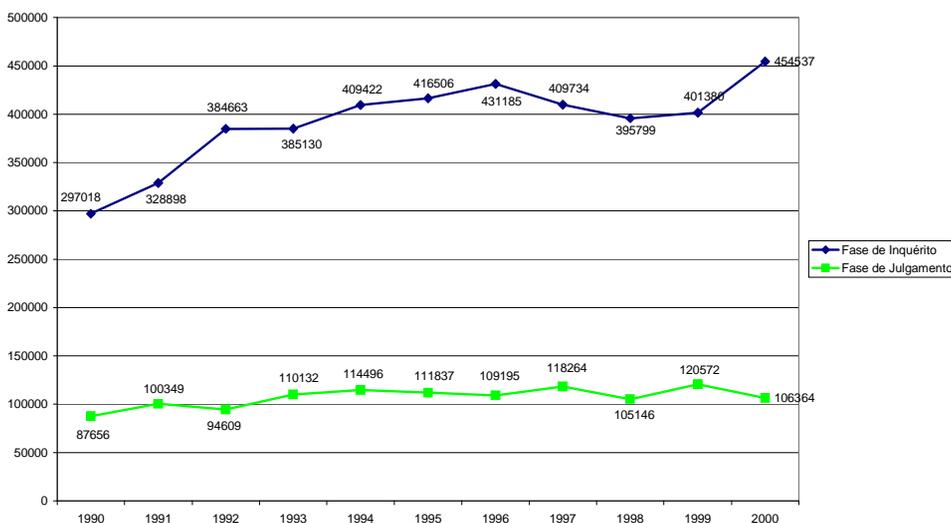
Apenas os processos com despacho de acusação ou pronúncia chegam à fase de julgamento, o que significa que o número de processos entrados nesta fase depende, sobretudo, da taxa de acusação. É, pois, o segundo momento crítico de selecção da criminalidade.¹⁵ A Figura 3 mostra, ainda, que é muito relevante 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.

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

¹⁴ Cf. Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro.

¹⁵ 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 me detenho no presente texto.

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.

2. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA ENTRE A(S) CRISE(S) E A(S) REFORMA(S)¹⁶

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, designadamen-

¹⁶ A reflexão constante neste ponto do Relatório sobre a crise da administração da justiça e as reformas processuais foi anteriormente efectuada em Pedroso (2001b).

te em Portugal, uma ruptura que deu origem a uma crise da justiça, decorrente, como escrevi anteriormente, do crescimento da demanda judicial e da sua “colonização” pela cobrança de dívidas tanto na jurisdição cível (ações 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 referi, 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 reformas¹⁷ 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 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 gestonária”, 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 tecno-

¹⁷ Assim, ao longo dos últimos anos, as reformas da administração da justiça têm balancado, nos países periféricos, entre a indiferença e o crescente interesse das agências internacionais em aí implantar 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).

logia 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 privadas¹⁸ ¹⁹.

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

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.²⁰

Estas reformas devem, ainda, ser analisadas em três sentidos: primeiro, se criam uma maior assimetria do sistema judicial e, conseqüentemente, 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

²⁰ Está-se a citar parcialmente Santos *et al.* (1996: 3-14).

judiciais de resolução de litígios. Ora, dentro desse tipo de reformas encontram-se 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)²¹.

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 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 (Carbonnier citado por 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 devo classificar em três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização (Figura 4).

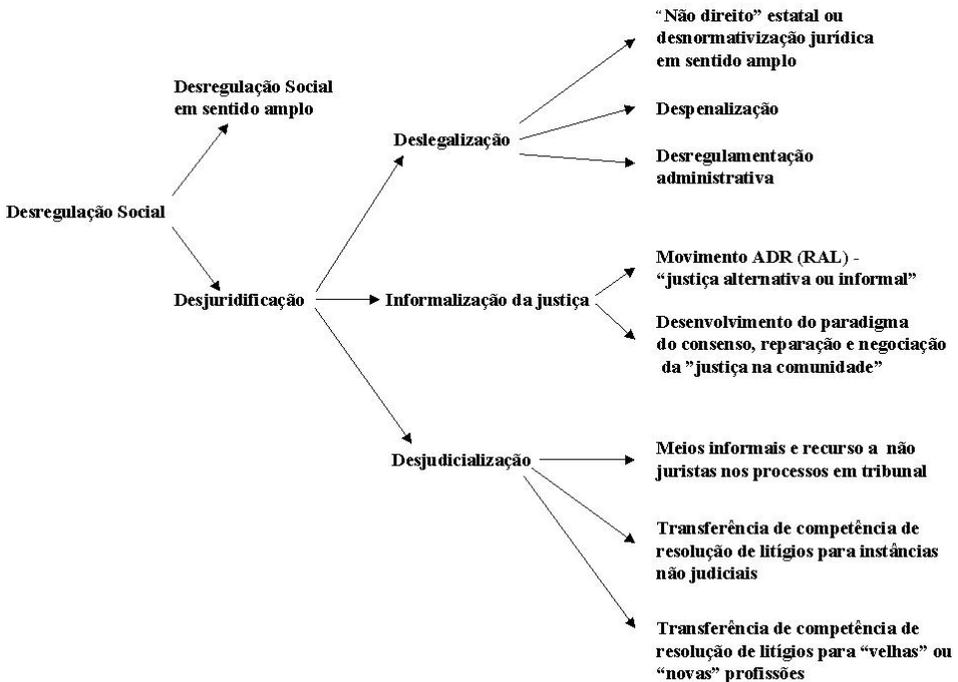
O conceito de deslegalização pode ser entendido de um modo qualitativo ou de um modo quantitativo. No primeiro sentido, devido à inflação legislativa, a lei perde todas as qualidades específicas que se associam tradicionalmente à lei (generalidade, abstracção e durabilidade).

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

²¹ 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*.

“não direito”, em geral, e, em especial, de despenalização e de desregulamentação, designadamente administrativa.

Figura 4 - Os processos de desjuridificação



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 auto-limitação do direito, a auto-neutralização 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-penal²².

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 desregulamentação efectiva quando determinado comportamento deixa de ser regulamentado juridicamente.

As situações de deslegalização que se referenciaram são também naturalmente situações de desjudicialização, dado que são relações sociais que deixam de ser regulamentadas pela lei e conseqüentemente 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 confli-

²² 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.

to 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, assistiu-se 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 ca-

racteriza-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.²³ 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 do conceito profissional de justiça em detrimento da auto-composição. 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 encontrar uma gradação destes meios e processos de resolução de litígios. Na base da escala encontra-se a auto-regulação 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 parti-

²³ O movimento, que em França assumiu a sigla MAC (*Médiation, Arbitrage, Conciliation*), em Portugal é denominado Resolução Alternativa de Litígios (RAL). Mas, não se pode 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 e Fonseca, 1998), e as dos Centros de Arbitragem (cf. Pedroso e Cruz, 2000), instituídas em Portugal nos últimos 15 anos. Ainda a dar os primeiros passos encontram-se a mediação familiar e os julgados de paz.

culares 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 auto-regulação e de auto-composição 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 (2000) e Pedroso e Cruz (1998) 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 judiciais. 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 encontrar-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, citado por 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).²⁴

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).

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

²⁴ 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 1º 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 (cf. artigo 1º, n.º 1). Para além disso, de acordo com o artigo 1º, 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 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 6º), à designação dos árbitros (artigo 7º), à determinação do lugar da arbitragem e as regras do processo. É importante realçar que de acordo com o artigo 15º, 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 15º, n.º 2) (Pedroso e Cruz, 2000: 173-174).

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.

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 referi, 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 (conselhei-

ro 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 comerciantes²⁵. 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 referi, 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

²⁵ Cf. Pedroso e Cruz (2000) e Pedroso (2001a e 2001b).

mediadores pertencentes a diferentes comunidades. No entanto, no movimento ADR não se encontra 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 se chama 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, indenização à vítima, etc.). Em paralelo com um modelo adjudicatório ou retributivo passa a existir um modelo de justiça negociada, de compensação ou reparadora, seja no processo de decisão ou na execução das penas (a nova justiça criminal reparadora ou a *community 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 identificar as seguintes transformações no funcionamento dos tribunais decorrentes dos processos de desjudicialização. Em primeiro lugar, constata-se que os processos judiciais se simplificam²⁶, 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). Está-se, assim, perante o tribunal “multiportas” 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 para-judiciais 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

²⁶Os 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).

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.

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 despenalização²⁷) ou deixa de ter relevância para o direito estadual²⁸ 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 para-judicial 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 informa-

²⁷ A título de exemplo refira-se a descriminalização da prostituição ou do consumo de estupefacientes.

²⁸ As questões desportivas que são reguladas por uma ordem jurídica privada (Nolasco, 2001) ou ainda as questões de *lex mercatoria* (Pedroso, 2000).

ção 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 judiciais 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.

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 sociedades²⁹. 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 as-

²⁹ Apesar da centralidade dos tribunais judiciais, sempre subsistiram nas sociedades contemporâneas formas de regulação de litígios na família, na vizinhança, nas relações laborais, nos negócios e nas estruturas comunitárias.

sociações de vítimas, de consumidores, de grupos de vizinhos, etc. (Bonafé-Schmitt, 1998: 178 e 179).

O movimento de reformas de administração da justiça de natureza informal ou desjudicializadora revela uma permanente ambivalência. Uma vez 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 cidadãos³⁰. Mas, nos movimentos de informalização e de desjudicialização não se encontram 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 integrados no seio de organizações como por exemplo empresas, hospitais e escolas.

Galanter (1993: 112) retrata 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 RAL³¹ logrou deslocar-se – ou pelo menos é a isso que aspira – da periferia do trabalho jurídico para o seu centro. Muitos tribunais, tanto federais como estaduais, acrescentaram aos seus reportórios institucionais certos instrumentos

³⁰ 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).

³¹ Na tradução que se está a citar refere-se resolução alternativa de conflitos (RAC), que no presente texto se substituiu por RAL, por ser uma terminologia mais adequada.

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 “multiportas” (“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-aluquer”, 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 interesses, o crescimento da RAL veio trazer novos canais de acção judicial e alargar o repertório dos tribunais e advogados. (Galanter, 1993: 112-113)

Assiste-se, 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 se assiste 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 entreaajuda e sistemas de resolução de conflitos fora dos tribunais, 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 se deve estar atento. Merry (1989) adverte para os riscos que já anteriormente identifiquei, 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-me que a questão central do acesso ao direito e da resolução de litígios não é, por um lado, preservar os tribunais judiciais 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 pirâmide³², 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

³² Sobre a construção e potencialidades analíticas da pirâmide de litígios cf. Wouters e Van Loon (1991).

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^{33, 34}.

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 se sabe, 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 se viu, 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 tercei-

³³ Cf. Santos *et al.* (1996: 45).

³⁴ 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).

ra 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.³⁵

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.*,

³⁵ Cf. Santos *et al.* (1996: 47-48).

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 resolver³⁶.

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 derimem)³⁷ ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal)³⁸ ou, ain-

36 Cf. Santos *et al.* (1996: 49); cf., ainda, Pedroso e Cruz (2000: 31-34).

37 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.

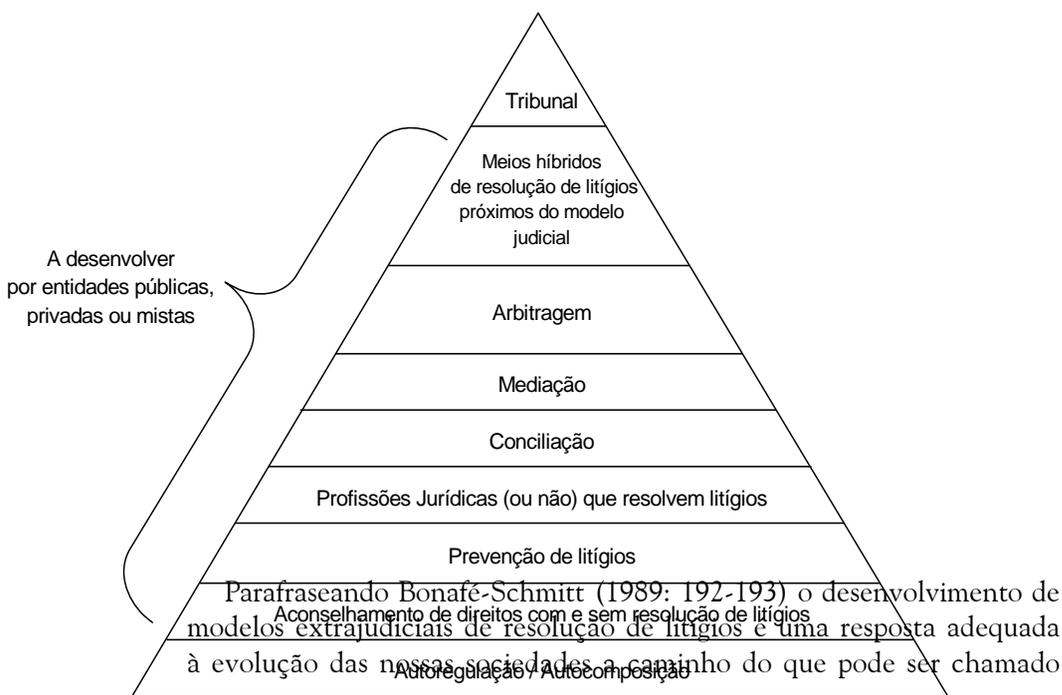
38 A RAL, na sua função complementar ao sistema judicial, resolvem litígios que também podem ser resolvidos em tribunal, funcionando, assim, como alternativa aos tribunais para a conflitualidade que aí não chega, e, ainda, como primeira instância sociológica e/ou legal de um litígio que pode chegar ao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

da, 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) que tem, na base, os mecanismos de autocomposição, no seu vértice, os tribunais e na zona intermédia a panóplia de meios de RAL que o Estado e a sociedade conseguem gerar. 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.

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.*



“uma sociedade diferenciada” com “sub-sistemas 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 defendo, 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.

5. CONCLUSÃO

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, pode-se 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 se está 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 gestonária”; 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. Uma vez 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 derimem) 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de; ALÃO, Paulo (1995), *Inquérito à vitimação*, 1994. Lisboa: Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.
- ARNAUD, André-Jean (1993), “Alternatif (Droit) – Alternative (Justice)” in Arnaud, André-Jean (Org.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2ª edição. Paris: LGDJ, 17-20.
- 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.
- CADIET, Loïc (1997), *Découvrir la justice*. Paris: Dalloz.
- DUFRESNE, Jacques (1993), <http://agora.qc.ca/cvdufresne.html>
- FARIA, José Eduardo (1997), *Direito e democracia*. S. Paulo: Max Limonad.
- 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.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1993a), “Verso uma sociologia del diritto transnazionale”, in Angeli, Franco. *Sociologia del Diritto*, 1.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1993b), “Juridisation (processus de)” in Arnaud, André-Jean (Org.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2ª edição. Paris: LGDJ, 319-322.
- GALANTER, Marc (1983), “Reading the Landscape of Disputes: What we Know and Don’t Know (And Think we Know) About our Allegedly Contentious 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*, 36, 103-145.
- GOMES, Conceição (2001), “A evolução da criminalidade e as reformas processuais na última década: alguns contributos”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60, 61-86.
- 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 e Legislação*. 7, 31-72.

- IETSWAART, I. (1993), “Déjudiciarisation”, in Arnaud, André-Jean (Org.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2.^a Edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 172-174.
- KAGAN, R. (1984), “The Routinisation of Debt Collection: An Essay on Social Change and Conflict in the Courts”. *Law & Society Review*, 18, 323.
- MACAULY, Stewart (1963/1964), “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”. *American Sociological Review*, 28, 55-66.
- MACKIE, Karl (1991), “Negociation and Mediation: From Inelegant Haggling to Sleeping Giant” in Mackie, Kagan. *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*. Londres e Nova Iorque: Routledge and Sweet & Maxwell.
- MACNEIL in GALANTER, Marc (1993), “Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 36, 103-145.
- MERRY, Sally Engle (1989), “Mith and Praticce in the Mediation Praticce”, in *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*. Londres: Sage publications.
- NOLASCO, Carlos (2001), “As jogadas jurídicas do desporto ou o carácter pluralista do direito do desporto”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60, 141-169.
- PEDROSO, João; Gersão, Eliana et al. (1998), *Justiça de menores: As crianças entre o risco e o crime*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- PEDROSO, João; Cruz, Cristina (2000), *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- PEDROSO, João; Cruz, Cristina (2001), *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- 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, 33-60.
- PEDROSO, João; Trincão, Catarina; Dias, João Paulo (2001), *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise*

- comparada*). Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- 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, 9-40.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sence. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque e Londres: Routledge.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; Pedroso, João; Ferreira, Pedro Lopes (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; Pedroso, João; Gomes, Conceição (1998), *A justiça cível e penal*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- 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.
- TEUBNER, Gunther (1986), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter.
- TEUBNER, Gunther (1993), “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”. *Law and Society Review*, 17 (2), 239-285.
- 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.
- 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, Jacques e Galanter, Marc Disputes and Litigation. *Oñati Proceedings* 12, 23-38.
- ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Org.) (1999), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Oxford University Press.