

**A resolução alternativa de litígios aplicada ao
sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da
mediação**

Observatório do Endividamento dos Consumidores

Índice

Introdução	3
Cap. I – A mediação e outros RAL: conceitos, razão de ser e potencialidades	4
1. Resolução Alternativa de Litígios: os termos do problema	4
1.1 A noção de RAL	4
1.2 Os exemplos mais comuns de RAL	7
1.3 O papel dos RAL nas sociedades contemporâneas	11
1.3.1 Os RAL e o acesso à justiça	13
1.3.2 O conteúdo e o contexto do conflito na selecção dos métodos de resolução de litígios	17
2. A mediação dos conflitos e o sobreendividamento dos consumidores	21
2.1 Mediação: princípios fundamentais	21
2.2 Mediação e negociação	25
2.3 Mediação dentro e fora dos tribunais	26
2.4 As etapas da mediação	27
2.5 O mediador	30
2.6 A mediação do sobreendividamento dos consumidores - que perfil?	32
Capítulo II – A mediação do sobreendividamento em Portugal e experiências comparadas	38
1. Os RAL e o tratamento do sobreendividamento no quadro da regulação comunitária	38
1.1 As primeiras iniciativas	39
1.2 O Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a Resolução de Litígios no mercado único	40
1.3 O Plano de Acção de 1996, a Comunicação da Comissão de 1998 e as Recomendações de 1998 e 2001	41
1.4 A Directiva sobre o crédito ao consumo e o Relatório do Comité Económico e Social sobre o sobreendividamento das famílias	43
2. A mediação do sobreendividamento em alguns países europeus e nos EUA	46
3. A mediação do sobreendividamento em Portugal	52
3.1 A resolução de litígios de consumo no direito português	52
3.2 A experiência de mediação do sobreendividamento da DECO e dos Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor	64
3.2.1 A Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor - DECO	65
3.2.2 Os Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor	72
3.3 A possibilidade de expandir as instâncias de mediação do sobreendividamento : o caso dos julgados de paz	73
3.4 A regulação do sobreendividamento em Portugal: duas propostas em discussão	80
Bibliografia	83

Introdução

Como resolver os conflitos que existem numa sociedade cada vez mais plural e complexa como é a actual, onde reconhecidamente se regista uma crise da justiça cível?

Esta interrogação é o ponto de partida para a reflexão que nos propomos fazer neste trabalho dedicado à abordagem dos métodos de resolução alternativa de litígios (RAL) – conhecidos na doutrina e no direito anglo-saxónico por Alternative Dispute Resolution ou pelo acrónimo *ADR* ou no direito francês por MAC (Médiation, Arbitrage, Conciliation) - particularmente da *mediação*, e das suas capacidades terapêuticas no tratamento dos casos de sobreendividamento das famílias.

Este é um documento de trabalho que segue três linhas de reflexão.

A primeira linha contempla uma análise do conceito de mecanismos alternativos de resolução de litígios, das suas características principais e dos modelos mais divulgados principalmente nos países anglo-saxónicos onde o chamado *ADR movement* nasceu e está mais consolidado e plural, ameaçando contagiar outros países e culturas jurídicas.

A segunda linha de reflexão incide sobre o papel dos RAL no actual contexto da resolução dos conflitos e da pacificação social. Promoção do acesso ao direito e à justiça, consagração de uma justiça mais efectiva para certos domínios da conflitualidade social e desjudicialização e informalização da justiça (descongestionamento dos tribunais) são as três principais vantagens que os RAL conseguiram introduzir no sistema de administração da justiça, tornando-o mais “justo”.

A terceira e última linha de reflexão centra-se na consideração da mediação numa perspectiva de resolução dos problemas derivados do endividamento excessivo e mal calculado das famílias. Nessa apreciação são ponderadas experiências estrangeiras e nacionais em curso neste domínio.

Cap. I – A mediação e outros RAL: conceitos, razão de ser e potencialidades

1. Resolução Alternativa de Litígios: os termos do problema

O direito não inventa nada, codifica uma visão do mundo à medida que se vai encontrando com o real.

P. Delmas, *O senhor do tempo*

1.1 A noção de RAL

Todo o litígio tem na sua génese um conflito, ou seja, um choque entre perspectivas opostas ou divergentes. O conflito exprime as diferenças em luta entre si, espelha um clima de oposição ou de hostilidade. Tem, pois, uma carga negativa e destrutiva, de que o exemplo último é a guerra. Mas o conflito também pode ter uma dimensão positiva, no sentido em que contém a dinâmica que leva à mudança e ao avanço da sociedade e da civilização.

Nem todos os conflitos são convertidos em litígios ou disputas, no sentido de serem objecto de um reconhecimento formal pelas partes e de convocarem a intervenção de um terceiro para os resolverem ou ajudar a resolver¹. Várias razões podem impedir que um conflito se converta no objecto de uma disputa ou litígio. Desde logo, qualquer das partes pode não identificar o conflito enquanto tal, isto é, não o reconhecer ou ter consciência sequer dele. Podem identificá-lo, mas não formalizá-lo, na medida em que não confrontam a parte contrária com ele, a fim de procurarem obter uma

¹ Sobre a distinção entre conflito e litígio e a natureza de cada um dos conceitos, cf. Brown e Marriott, 1999: 1-11.

solução. Chama-se a isto uma cultura de resignação². Podem, finalmente, conseguir resolvê-lo directamente com a contraparte, sem que, por isso, haja lugar à intervenção de qualquer pessoa ou entidade neutra com a missão de facilitar ou sugerir a solução ou mesmo de impô-la autonomamente.

Quando os conflitos são formalmente assumidos e exigem a intervenção de uma instância para intervir (de formas tão variadas, como são a conciliação, a mediação, a arbitragem ou o tribunal judicial), passando a designar-se por litígios, vários problemas se levantam de imediato, nomeadamente o de saber *qual o meio de resolução mais adequado face à natureza do litígio, à oferta de meios disponível e às características sócio-jurídicas da comunidade*. Este é quase sempre o ponto fulcral da análise sobre os sistemas de resolução de litígios que tem vindo a ser feita em todas as culturas jurídicas contemporâneas, sobretudo nas ocidentais.

Assim, quando se fala de meios de resolução alternativa de litígios é necessário explicitar o sentido do termo *alternativos*: trata-se de meios substitutivos (por ineficiência do método tradicional da decisão judicial) ou concorrenciais (que disputam o mesmo mercado conflitual) da via judicial?

Segundo Brown e Marriott (1999: 12), os meios de resolução alternativa de litígios ou RAL constituem todos os procedimentos que funcionam como alternativa à litigação judicial tendo em vista a resolução de conflitos e que envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda³.

² A propensão à resignação em vez de litigar é uma das características que, de acordo com os estudos do Observatório Permanente da Justiça (cf. Santos *et al.*, 1996), melhor define a sociedade portuguesa. Os portugueses têm, de modo geral, a percepção dos seus direitos, o que lhes permite identificar os conflitos que os põem em causa. Todavia, tendem a não converter esta conflitualidade potencial e reconhecida, em conflitualidade real, publicamente assumida e solicitadora de tutela.

³ De acordo com a Academy of Experts, no seu glossário terminológico sobre RAL, os métodos de resolução alternativa de litígios constituem "any method of resolving an issue susceptible to normal legal process by agreement rather than an imposed binding decision".

Cf. http://www.academy-experts.org/default_in.htm?http&&www.academy-experts.org/language.htm

A resolução de litígios, em termos globais (tradicional e alternativa), compreende assim duas categorias principais de processos ou modos de resolução: processos adjudicatórios e processos consensuais.

Entende-se por *adjudicação*, o modo de resolução no qual a decisão vinculativa sobre o litígio não deriva do mandato das partes, mas da ordem jurídica a que estas estão sujeitas. O terceiro neutro e imparcial tem legitimidade para impor a sua decisão às partes. Esta é a situação típica das decisões judiciais e é também a das decisões arbitrais, embora, quanto a estas, convém não esquecer que na base existe um consenso das partes quanto à escolha do processo (convenção arbitral)⁴.

Os processos *consensuais* são aqueles nos quais as partes têm o controlo do resultado e dos termos do processo. O terceiro neutro não tem poder para proferir uma decisão vinculativa das partes, apenas pode auxiliá-las no seu próprio caminho de construção da solução do litígio, com uma intervenção que pode ir do simples facilitar do contacto entre os litigantes (como acontece na conciliação) até à sugestão de medidas de acordo (como sucede na mediação).

São cada vez mais os autores que, advogando a causa dos RAL, consideram o termo “alternativos” desajustado, na medida em que não se trata de substituir uma justiça adjudicatória por uma justiça consensual, mas tornar mais completo e variado o leque de modelos susceptíveis de

⁴ Originalmente, a arbitragem foi incluída nos RAL, na medida em que estes representam uma alternativa à via judicial. Todavia, a tendência actual é para os integrar nos métodos de adjudicação e considerar como RAL apenas os mecanismos de natureza consensual como a conciliação e a mediação. Cf. Brown e Marriott, 1999: 20. Em total desacordo com a exclusão da arbitragem do elenco dos RAL está Mackie (1991: 17), que considera uma ironia o facto de a arbitragem ser considerada, pelo menos no domínio da actividade comercial, como uma forma de evitar a litigação (judicial, entenda-se). Cremos que a arbitragem ocupa uma posição de charneira no quadro dos processos de resolução de litígios: combina aspectos de consenso como o acordo das partes na escolha do tribunal arbitral, a celeridade, o baixo custo e maior agilidade processual com o carácter vinculativo e unilateral da decisão próprio da adjudicação. Neste trabalho, contudo, optámos por inseri-la no contexto dos RAL, deixando de fora apenas a litigação judicial.

oferecerem uma resposta satisfatória aos conflitos sociais⁵. Margaret Doyle (2000: 3, 6) sugere mesmo a substituição do termo 'alternative' (alternativo) pelo termo 'appropriate' (adequado) por estar mais de acordo com a função dos RAL que é a de aumentarem e diversificarem as escolhas de mecanismos que podem pôr termo à conflitualidade social⁶.

Santos *et al.* (1996: 47) considera que as sociedades com um mínimo de complexidade dispõem habitualmente de um conjunto diversificado de mecanismos de resolução de litígios para oferecer aos litigantes. Os tribunais, enquanto solução que menor controlo proporciona às partes, tendem a ocupar o topo da pirâmide de mecanismos de resolução que tem na base os métodos que maior autonomia e poder de direcção atribuem às partes.

1.2 Os exemplos mais comuns de RAL

O movimento dos RAL nasceu nos EUA nas décadas de 60/70 do século XX e rapidamente se estendeu pelo seu território e instituições, transpôs fronteiras e alcançou a Europa, começando naturalmente pelo Reino Unido, pela Escandinávia e contagiando sucessivamente mais e mais países, acabando por chegar até nós. Aliás, não é de modo nenhum inesperado que a expansão e diversificação dos hábitos de "consumo do direito e da justiça" siga o mesmo trajecto geográfico e até temporal que a generalização dos padrões de consumo dos demais bens e serviços⁷.

⁵ "Much of ADR's value lies in the notion of a spectrum of dispute resolution mechanisms, with alternatives adding to, rather than replacing the litigation option" (Brown e Marriott, 1999: 20). "Over de past two decades ADR has become a cornucopia of processes, procedures and resources for responding to disputes, all of which supplement rather than supplant traditional approaches to conflict (American Bar Association, 1988, *apud* Mackie, 1991: 1). "The term 'alternative' has (...) an unfortunate connotation to a rebel movement, an attempt to oust the courts and lawyers from dispute resolution mechanisms" (Mackie, 1991: 2).

⁶ Nalguma literatura anglo-saxónica utiliza-se também com frequência crescente a expressão *Amicable Dispute Resolution*.

⁷ Sobre a expansão da sociedade de consumo e do crédito a ele associado, cf. Marques *et al.* (2000).

A massificação dos hábitos de consumo e a exploração e diversificação das formas de a financiar criou novos espaços de conflitualidade social (conflitos de consumo em sentido estrito e conflitos ligados à contratação de crédito ou de seguros pelos consumidores) que vivem na mesma urgência e rapidez do contexto em que se inserem e que nem sempre encontram nas soluções tradicionais uma resposta efectiva e satisfatória. Disso daremos conta mais adiante.

Por agora queremos elencar alguns dos tipos principais de RAL que se têm afirmado e consolidado nas sociedades contemporâneas, particularmente nos EUA onde o movimento é mais antigo e a pluralidade de formas é hoje mais acentuada.

De entre os processos que maior controlo e liberdade conferem às partes, encontra-se a *conciliação*, logo seguida da *mediação*.

Segundo Pedroso (2001: 75), a conciliação caracteriza-se pela intervenção de uma terceira parte, que pode ser um representante do Estado ou escolhida pelas partes, alheia em relação ao conflito, que ajuda os litigantes a encontrarem uma plataforma de acordo tendo em vista resolver a disputa.

A mediação traduz-se na intervenção de um terceiro neutro que, com a finalidade de alcançar o acordo entre as partes, lhes endereça uma recomendação ou proposta da sua autoria.

Enquanto o conciliador se limita a pôr as partes em contacto e a facilitar a comunicação ente elas, mas sem aventar qualquer proposta de resolução, o mediador vai mais além e sugere activamente o conteúdo do acordo a celebrar pelas partes.

Ainda de acordo com Pedroso (2001: 75), a arbitragem representa a submissão de um litígio de facto ou de direito, ou de ambos, a um tribunal arbitral, composto por uma ou mais pessoas, ao qual as partes atribuem o poder de emitir uma decisão vinculante⁸. O árbitro decide com base no direito ou segundo juízos de equidade.

⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre a arbitragem em Portugal, nomeadamente em matéria de conflitos de consumo cf. Pedroso (2001) e Pedroso e Cruz (2000).

Estes são talvez os mais clássicos e conhecidos procedimentos extrajudiciais de dirimir conflitos. A sua utilização faz, em muitos casos, parte da cultura jurídica e cívica das nossas sociedades. Surgem agora mais modernizados nas formas e mais sofisticados nas técnicas, mas com o mesmo espírito com que nasceram: o da pacificação social através do acordo voluntário (conciliação e mediação) ou da adjudicação por acto das partes do poder de as vincular a uma solução (arbitragem).

Porém, a par destes “clássicos” dos RAL, encontramos hoje, sobretudo nos países de tradição anglo-saxónica, diversos modos de dirimir conflitos de forma não adjudicatória que traduzem diversas formas de conceber o papel da terceira entidade e diferentes níveis de controlo pelas partes.

Uma dessas formas é a chamada *avaliação prévia independente* (*early neutral evaluation*). Trata-se de um processo em que um profissional, geralmente um advogado, neutro face à disputa, ouve um resumo com os pontos essenciais de cada uma das partes e emite uma opinião não vinculativa relativamente aos méritos de cada parte. Essa opinião serve para testar a credibilidade das provas e prever o possível resultado em tribunal, acabando, muitas vezes, por ser utilizada como ponto de partida para um acordo ou para posteriores negociações.

O mini-julgamento (*mini-trial*) caracteriza-se pela simulação de uma sessão do tribunal na qual os advogados de cada parte apresentam os seus argumentos a um painel constituído pelas próprias partes e por uma terceira entidade neutra, a qual auxilia as partes na clarificação do conflito e na avaliação dos méritos da respectiva pretensão. Não é formulada nenhuma decisão vinculativa, mas as partes adquirem uma percepção mais realista do problema o que as leva frequentemente à celebração imediata do acordo. Quando em vez de um terceiro neutro, o caso é apresentado perante um júri simulado, o mini-julgamento denomina-se *tribunal de júri sumário* (*summary jury trial*).

A *mediação-arbitragem* (*med-arb*) resulta numa combinação entre estes dois processos. As partes concordam em submeter o seu litígio a um mediador e nos pontos em que não conseguem chegar a acordo aceitam

que o mediador actue na qualidade de árbitro e lhes imponha uma decisão quanto aos pontos não consensuais. Nalgumas versões, o mediador e o árbitro devem ser pessoas distintas.

O *ombudsman* ou *provedor*, figura criada nos países escandinavos é um terceiro independente que está habitualmente encarregue de tratar das queixas apresentadas contra a Administração Pública. Mas esta entidade existe também noutros domínios como os serviços jurídicos ou os serviços financeiros. Tem poderes para investigar, criticar e tornar público as suas recomendações, podendo mesmo chegar a definir compensações.

Quanto à *peritagem* (*expert determination*) estamos perante uma situação em que as partes nomeiam um perito (ou peritos) que aprecia os factos e emite uma decisão vinculativa ou uma simples avaliação, sem que, para isso, tenha de cumprir todos os procedimentos típicos da adjudicação.

Uma iniciativa que está a ter um sucesso considerável nos EUA é a do *Tribunal Multi-Portas* (*Multidoor Courthouse*). Não se trata exactamente de um tipo de RAL, mas de uma estrutura mais vasta onde são oferecidos diversos modos de resolução de litígios, entre os quais RAL e via judicial. Imagine-se, pois, a existência, num mesmo local – o edifício do tribunal – de vários modos de processamento dos conflitos, que permitem ao litigante escolher o que melhor se adequa à sua pretensão. Esta iniciativa, desenvolvida em 1976 por Frank Sander, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, está em curso e tem dado origem a diversos projectos-piloto de ADR, nomeadamente aqueles que acolhem a mediação e mesmo a arbitragem no sistema judicial, criando, assim, a par da já habitual mediação fora dos tribunais, uma mediação dentro ou “à sombra” dos tribunais (*court-annexd ADR*). Aliás, entre nós, este é modelo que está em curso nos Julgados de Paz e a que nos referiremos com mais detalhe no segundo capítulo deste estudo.

O elenco é, pois, amplo e variado⁹, o que sugere não só o desafio que é feito ao Direito de proporcionar respostas objectivas às solicitações cada vez mais complexas da realidade social, mas também a necessidade de articular e conjugar todos os mecanismos de resolução disponíveis, nomeadamente com a litigação judicial, de modo a garantir-se uma tutela efectiva dos direitos e interesses dos cidadãos e da comunidade.

1.3 O papel dos RAL nas sociedades contemporâneas

Por tudo o que se disse até aqui, não têm razão os críticos dos RAL quando afirmam que estes métodos fomentam na sociedade um espírito de obsolescência e de falta de credibilidade do sistema judicial. A sua presença vem libertar as instâncias judiciais de muitos processos de importância menor, reservando-as para o estudo e a apreciação de causas mais complexas e juridicamente mais exigentes e problemáticas, aumentando, deste modo, a qualidade da própria produção judicial e reforçando, com isso, o seu papel social.

Também não têm razão os que consideram que a resolução extrajudicial dos conflitos não passa de uma “justiça de segunda classe”, acusando-a de, com a sua informalidade e procura do consenso, não possuir a legitimidade, a autoridade e o rigor jurídico dos tribunais, de proporcionar respostas menos eficazes e de conferir menor garantia aos direitos das partes, nomeadamente por tentar ignorar a desigualdade que por vezes existe entre as partes e que pode suscitar alguma manipulação das que se mostram mais fortes (Castro Jr., 2000: 10; Merry 1989, *apud* Pedroso *et al.*, 2001: 46). É precisamente na sua menor formalidade processual e no acordo voluntário das partes que reside boa parte da mais valia destes mecanismos. Os RAL não podem justificar a sua razão de ser apenas pela ineficiência e morosidade dos tribunais. Considerar que a crise da justiça

⁹ Brown e Marriott (1999: 17-19) identificam cerca de 15 modalidades de RAL, todas ou quase todas já postas em prática na sociedade norte-americana, embora algumas estejam ainda numa fase embrionária.

tradicional e a conseqüente necessidade de descongestinar os tribunais e reduzir custos é a única ou a principal justificação para o aparecimento de formas alternativas é despromover o sistema judicial e desvirtuar a natureza dos RAL. É verdade que os RAL constituem um meio importante de ultrapassar as dificuldades que o sistema judicial atravessa nas sociedades ocidentais, aliviando-o de alguma da sua pressão, nomeadamente quanto a certo tipo de processos, e permitindo responder de forma célere e com custo tendencialmente menor¹⁰ a diversos litígios que penariam por muito tempo nos corredores dos tribunais¹¹.

A nosso ver, no entanto, os RAL têm outras vantagens que fundamentam plenamente a sua razão de ser e a progressiva afirmação que têm vindo a fazer em diversos países europeus (incluindo Portugal), nos EUA, no Canadá e até na América Latina. Dessas vantagens, duas surgem em grande destaque e a sua importância justifica que se faça aqui uma reflexão mais profunda e cuidada. São elas o desempenho crescente dos RAL na construção e consolidação de um direito de *acesso à justiça* e a sua *adequação a certas categorias de litígios* que, pelas suas características, não se ajustam plenamente ao modelo clássico da via judicial¹².

¹⁰ A redução dos custos processuais é considerada uma vantagem dos RAL face ao processo judicial. No entanto, esta questão deve ser ponderada numa base do seu sucesso ou insucesso. Assim, se um processo de mediação for bem sucedido é quase certo que haverá uma considerável poupança de meios financeiros, mas se fracassar e as partes recorrerem ao tribunal, o seu custo somar-se-á ao do processo judicial. Ainda assim, sempre se poderá considerar que a probabilidade de a mediação ser bem sucedida justificará correr o risco.

¹¹ Segundo, Santos *et al.* (1996: 47) “de todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis, [os tribunais] tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis. (...) Não admira, pois, que, antes de recorrer aos tribunais, as partes num litígio tentem, sempre que possível, resolvê-lo junto de instâncias não oficiais mais acessíveis, mais informais, menos distantes culturalmente e que garantam um nível aceitável de eficácia.”

¹² Goldberg *et al.* (1985: 5-7) identifica quatro grandes objectivos para os RAL: o descongestionamento dos tribunais e redução dos custos da justiça; a promoção do acesso à justiça; a concessão de uma resolução de litígios mais efectiva (barata, rápida, justa, eficiente e satisfatória para as partes); a capacidade de envolvimento da comunidade no processo de resolução de litígios.

1.3.1 Os RAL e o acesso à justiça

Uma das mais valias dos RAL decorre do papel fundamental que estes mecanismos desempenham na promoção do *acesso à justiça* dos cidadãos. O acesso ao direito e à justiça, “um dos temas mais caros e mais estudados pela sociologia do direito” (Pedroso *et al.* 2002), corresponde à garantia de efectividade dos direitos individuais e colectivos. Os nossos direitos só se tornam efectivos quando deles temos consciência e quando, perante a sua lesão ou ameaça de lesão, podemos recorrer a uma instância ou entidade à qual reconhecemos legitimidade para dirimir o conflito (Pedroso *et al.* 2002: 1). Dissemos anteriormente que nem sempre os conflitos são formalizados e se convertem em litígios publicamente assumidos. A propensão para a resignação que existe na sociedade portuguesa, tal como noutras, embora os graus sejam variáveis, faz com que apenas um número reduzido de conflitos ultrapasse a barreira do “conformismo” e do “deixar andar” para reivindicar a tutela dos direitos e interesses lesados, e desses, o número dos que chegam aos tribunais é ainda infinitamente menor.

Santos *et al.* (1996) recorreu à geometria para exprimir, através de uma pirâmide, o perfil da litigiosidade em Portugal.

“O conceito de pirâmide de litigiosidade tem vindo a ser utilizado para dar conta, por recurso a uma metáfora geométrica, do modo como são geridas socialmente as relações litigiosas numa dada sociedade. Sabendo-se que as que chegam aos tribunais e, destas, as que chegam a julgamento, são a ponta da pirâmide, há que conhecer a trama social que intercede entre a ponta e a base da pirâmide. Os litígios são construções sociais, na medida em que o mesmo padrão de comportamentos pode ser considerado litigioso ou não litigioso consoante a sociedade, o grupo social ou o contexto de interações em que ocorre. (...) A transformação delas em litígios judiciais é apenas uma alternativa entre outras e não é, de modo nenhum a mais provável, ainda que essa possibilidade varie de país para país (...). (...) Diferentes grupos sociais têm percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças em que elas se traduzem. Por esta razão, níveis baixos de litigiosidade não significam necessariamente baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos (Santos *et al.* 1996: 44-45).

A pirâmide de litigiosidade, considerada na perspectiva dos modos de resolução de litígios (dos mais frequentes pelo menos), caracteriza-se por uma base muito grande onde se encontra toda a conflitualidade social não declarada passível de emergir num dado momento, quando comparada com o topo onde se situam os litígios judicializados (Figura 1).

Só quando a conflitualidade potencial se converte em potencialidade real, isto é, só quando existe da parte do lesado uma percepção do dano e quando, além disso, ele reclama a sua reparação junto do autor do mesmo é que a relação social entra verdadeiramente na base da pirâmide. Mas é preciso que a reclamação seja rejeitada e que o lesado esteja disposto a não se resignar e a procurar uma instância com credibilidade e legitimidade para acolher e resolver o litígio que emerge.

Só a atitude inconformista do lesado perante a rejeição da sua queixa pelo lesante faz desencadear os mecanismos institucionais, mais ou menos formalizados, de resolução de conflitos. E é neste momento que se faz a opção fundamental em termos de mecanismo resolutório a adoptar. É aqui que perante as questões de adequação, custos, inter-relação, expectativas e acessibilidade se pondera qual o melhor caminho para se conseguir uma solução que responda satisfatoriamente aos interesses em causa.

É neste momento que alguns autores defende a necessidade de ser dado aconselhamento aos litigantes sobre os meios de resolução existentes de modo a que estes possam fazer uma escolha acertada e consciente do processo que melhor servirá os seus intentos. (Doyle, 2000: 3). Nesta linha, aliás, os juizes dos tribunais federais norte-americanos estão mesmo legalmente obrigados (pelo *Civil Justice Reform Act* de 1990 e pelo *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998) a aconselhar as partes sobre a via de resolução que melhor se adequa ao seu litígio, podendo mesmo impor-lhes a mediação ou a arbitragem, frequentemente realizadas dentro do tribunal, mas fora do julgamento - os chamados *court-annexed ADR* ou mediação “à sombra” do tribunal.

Em Portugal, a Lei dos Julgados de Paz (Lei 78/2001, de 13 de Julho) prescreve que os litigantes devem ser informados sobre a possibilidade de puderem resolver o seu litígio através da mediação que é feita por mediadores que operam no Julgado de paz, mas em autonomia face aos juizes e ao julgamento. Trata-se do primeiro exemplo de mediação que decorre oficialmente dentro do tribunal, mas que é independente do processo judicial e voluntária, pois o juiz não tem poderes para obrigar as partes a aceitarem a mediação e a entrarem em acordo. Também os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo antecedem a fase arbitral propriamente dita por uma etapa de mediação voluntária¹³.

Figura 1
Pirâmide da Litigiosidade e mecanismos de resolução



Adaptado de Santos et al., 1996: 50

Mas a questão do acesso é anterior a este problema de escolha. Ele coloca-se precisamente na passagem da conflitualidade potencial a conflitualidade real publicamente assumida e a apelar à intervenção de uma qualquer instância com capacidade para solucionar o litígio. Ou seja, o problema do acesso é o problema da conversão de um conflito em litígio,

¹³ Sobre estas duas experiências da ordem jurídica portuguesa, cf. *infra* a segunda parte deste estudo.

para retomar a distinção conceptual que fizemos logo no início. Na origem da resignação e da baixa propensão a litigar da sociedade portuguesa estão diversos factores económicos, sociais, culturais e até psicológicos. A recusa em litigar tanto pode ser motivada pela escassez de meios financeiros para pagar os serviços de um bom advogado, como pode derivar de uma descrença numa efectiva reparação, como, ainda, significar uma fuga a um processo estigmatizante e emocionalmente muito penalizador.

Os RAL, pelas suas características de informalização, procura do acordo, de celeridade, de menor custo, de menor estigmatização pessoal e social são procedimentos favoráveis a uma maior procura de tutela jurídica por parte de cidadãos que não se revêem no modelo clássico dos tribunais judiciais e por isso toleram indefinidamente a agressão dos seus direitos. Por isso, ao garantirem o acesso à justiça, os RAL contribuem para o reforço da cidadania e do Estado democrático¹⁴.

Não se pode ignorar que eles também possuem alguns aspectos negativos, nomeadamente são meios que podem ser utilizados pelas partes para medirem a força da sua pretensão tendo em vista uma ida a tribunal; podem ser utilizados por uma parte como um expediente dilatatório, sem que haja qualquer vontade de chegar a acordo com a contraparte; podem ser uma fonte acrescida de custos quando não se alcança o consenso; e as partes podem contentar-se com menos do que aquilo a que teriam direito em termos legais e que poderiam obter eventualmente numa decisão judicial. Todavia, a forma como eles são implementados, sobretudo pelo terceiro neutro, pode contornar ou minorar todos ou quase todos estes obstáculos.

Torna-se assim claro que os RAL desempenham uma missão paradoxal no contexto do sistema de justiça das sociedades actuais: por um lado, contribuem para o descongestionamento do sistema judicial, chamando a si uma parte da conflitualidade social que não justifica uma solução do tipo

¹⁴ Sobre o acesso à justiça em Portugal, cf. Pedroso *et al.* (2002): O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão; Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais.

adjudicatório ou que não encaixa satisfatoriamente nos seus trâmites (desjudicialização e informalização da vida social)¹⁵; por outro fomentam o aumento da litigiosidade, ao expandirem a procura de tutela jurídica por parte de novos litigantes e novas categorias de litígios (os que exprimem as *novidades* no panorama dos conflitos sociais e os que provêm de uma procura de tutela que até aí se encontrava *suprimida* por nunca chegar aos tribunais).

1.3.2 O conteúdo e o contexto do conflito na selecção dos métodos de resolução de litígios

As características anteriormente assinaladas aos RAL - celeridade, informalidade e menor custo, mas também a consideração dos interesses e dos sentimentos das partes, a proximidade do caso concreto e a procura de uma solução em que todos os lados ganham - são particularmente adequadas à *resolução de certo tipo de litígios*, como determinados conflitos familiares, laborais, de consumo, ambientais, comerciais ou de vizinhança. Trata-se de conflitos onde existe uma forte presença da componente de bem-estar pessoal ou comunitário de pelo menos uma das partes, baseada numa rede de relações humanas de extrema complexidade ou de grande proximidade que, na maioria dos casos, se quer preservar, o que nem sempre se consegue no quadro de uma solução judicial que tem por base um processo de natureza adversarial e onde a decisão é, em regra, do tipo soma-zero¹⁶.

¹⁵ Para uma análise mais aprofundada dos processos de desjudicialização e informalização, cf. Pedroso *et al.*, 2001: 29-42.

¹⁶ A decisão soma-zero (*win-lose decision*) é o tipo de decisão que resulta dos processos adjudicatórios como os tribunais judiciais ou arbitrais, nos quais a distinção e a distância entre os interesses das partes, entre quem ganha e quem perde é maximizada. Designa-se por decisão *mini-max* (*win-win agreement*), a decisão típica dos procedimentos consensuais como a mediação ou a conciliação, nos quais se procura maximizar, não a diferença, mas o compromisso entre as pretensões dos diferentes litigantes, de modo a minimizar ou, se possível, eliminar a distância entre quem perde e quem ganha.

A escolha do método para melhor dirimir um conflito depende, como foi referido, de inúmeros factores, designadamente da relação que existe entre as partes, das áreas social da litigação, da familiaridade das partes com os meios de resolução existentes e da sua capacidade para realizar a escolha mais adequada ao problema em disputa. Por outras palavras, o *conteúdo* e o *contexto* do conflito determinam, pelo menos em abstracto, a opção sobre o meio de resolução a adoptar.

Assim, em termos de contexto, o recurso ao acordo e à negociação nos conflitos que decorrem no quadro de uma relação familiar ou de negócios ajuda mais a preservar o relacionamento entre as partes do que um processo adversarial. A mediação e a arbitragem têm sido utilizadas em diversos países com enorme sucesso no quadro das relações comerciais, familiares, laborais e de consumo. A sobrevivência do relacionamento interpessoal ou contratual encontra maiores garantias no quadro de procedimentos mais construtivos onde a polarização entre ganhadores e perdedores não é tão evidenciada, onde cada parte tem maior controlo sobre o decurso do processo conseguindo expressar mais vivamente as suas preocupações e as suas prioridades, onde são os litigantes e não o juiz quem determina o resultado.

Mesmo quando não preexiste um relacionamento entre as partes em disputa, o recurso a um meio alternativo tem gerado acordos mais criativos, mais satisfatórios e mais duradouros que as decisões impostas pelos tribunais Brown e Marriott (1999: 13).

Por outro lado, há que lembrar que alguns RAL possuem uma larga tradição em certos domínios da conflitualidade, como sucede com a mediação dos conflitos laborais ou a arbitragem comercial. E que em alguns, os tribunais deixaram de ser o modo preferencial de resolução dos litígios como sucede em Hong-Kong com a litigação na área da indústria da construção ou em Itália com os conflitos que envolvem empresas contratantes e empresas subcontratadas (Brown e Marriott, 1999; Schneeblog, *apud* Vasconcelos-Sousa, 2002).

Em termos de conteúdo da litigação, verifica-se que os RAL, além de se mostrarem habilitados a resolver alguns dos litígios que tradicionalmente são canalizados para os tribunais (quer civis e comerciais, quer mesmo penais¹⁷), absorvem hoje em dia uma parte considerável das áreas emergentes da conflitualidade social como as relações de consumo e o ambiente, para as quais, muitas vezes, o sistema judicial não está preparado para dar resposta ou, pelo menos, para a dar em tempo útil (Pedroso, 2001). A cristalização e o formalismo dos procedimentos judiciais constitui um óbice a uma justiça que se reclama rápida, barata, acessível, efectiva e justa. A ameaça de uma catástrofe ecológica ou a eminência da falência financeira e pessoal de uma família, por exemplo, não se ajustam à rigidez e à morosidade dos tribunais.

Em síntese, podemos dizer que, nos países anglo-saxónicos, em meados da década de setenta, as vias *alternativas* eram encaradas como esquemas de recurso destinados a lidar com questões de importância menor ou marginal, não merecedoras de um tratamento judicial completo. Contudo, o movimento dos RAL conseguiu impor-se e as suas propostas têm-se vindo a deslocar da periferia para o centro do trabalho jurídico. Prova disso é que, além da multiplicidade de iniciativas privadas e comunitárias na área da resolução alternativa de litígios, é hoje o Estado que as acolhe quando muitos dos tribunais federais e estaduais acrescentam aos seus reportórios institucionais certos procedimentos característicos dos RAL (*court-annexed ADR*) (Galanter, 1985 e 1993; Pedroso *et al.* 2001).

¹⁷ Nos EUA, a pequena criminalidade de bairro tem vindo a ser tratada com êxito nas próprias comunidades, através de associações locais que fazem a mediação ou a arbitragem do conflito. Também em Portugal se registam alguns sinais neste sentido, com a possibilidade de os Julgados de Paz poderem decidir em matéria penal de importância menor (art. 10º do Decreto-Lei n.º. 78/2001, de 13 de Julho) É certo que os Julgados de Paz não se enquadram nos RAL. Embora sejam tribunais - de pequenos conflitos -, a sua estrutura de funcionamento mais simplificada e a existência de mediação anexa ilustram de algum modo aquela ideia.

O Estado contemporâneo perdeu o monopólio da função de julgar e reparte-a com os privados e a sociedade civil, entrando quer em parceria, quer em concorrência com eles.

Deste modo, configura-se nos dias de hoje um novo modelo de administração da justiça, traduzido na criação de um sistema integrado de resolução de litígios que deve assentar na promoção do acesso ao direito e à justiça pelos cidadãos e permitir vencer as barreiras económicas, sociais 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 ser a mais legítima e a mais adequada para solucionar o seu conflito e proteger os seus direitos¹⁸. Esse terceiro tanto poderá ser o tribunal como outra entidade que cumpra com eficiência a mesma finalidade (Pedroso *et al.*, 2001 52-53).

Conscientes de que os RAL não põem em causa a validade, a necessidade e a adequação do processo judicial, por um lado, nem constituem uma espécie de “justiça de segunda classe”, por outro, vamos dar especial atenção a uma das suas expressões mais divulgadas e de maior sucesso, a *mediação*, procurando mostrar a sua adequabilidade ao tratamento dos casos de insolvência ou sobreendividamento dos agregados familiares.

¹⁸ O desenvolvimento dos RAL constitui uma resposta à sociedade actual, uma “sociedade diferenciada” com “subsistemas que geram os seus próprios sistemas de regulação” (Teubner, 1983, *apud* Pedroso *et al.*, 2001: 50).

2. A mediação dos conflitos e o sobreendividamento dos consumidores

2.1 Mediação: princípios fundamentais

Tal como o bombeiro se protege do fogo, o mediador deve proteger-se das emoções, dos humores e das paixões.

Jean-Louis Lascoux: *Pratique de la médiation*.

A mediação é o modo de resolução de litígios baseado na intervenção de uma terceira parte neutral – o mediador – que tem por missão ajudar as partes a estabelecer um acordo que ponha fim ao seu diferendo, podendo, para o efeito, apresentar-lhes propostas e sugestões de sua iniciativa visando obter o acordo.

A mediação difere da arbitragem e da conciliação no papel que é atribuído ao terceiro. O árbitro analisa os factos controvertidos e toma uma decisão sobre eles, decisão essa que tem força obrigatória para as partes. O conciliador é um mero facilitador do diálogo inter-partes, não tendo qualquer poder para decidir ou sequer sugerir uma solução¹⁹. O mediador é mais comprometido e pró-activo que o conciliador, mas menos imperativo que o árbitro. Mesmo quando ele expressa a sua opinião sobre os méritos da questão ou quando avança com um projecto de acordo (como sucede, por exemplo, em muitas das instâncias que nalguns países, se ocupam da mediação dos casos de sobreendividamento) a sua posição não vincula as partes de modo nenhum. Admitir o inverso seria contrariar o próprio espírito que preside à mediação e que é o ser *eminente consensual*.

¹⁹ Por vezes, entre autores, entre países e mesmo entre áreas de conflitualidade registam-se divergências no uso dos termos conciliação e mediação. O que para uns é conciliação, para outros é mediação e vice-versa. Neste trabalho seguimos a perspectiva que é perfilhada por mais investigadores e práticos e que é também a que está presente no nosso direito do trabalho, um dos domínios do direito onde o recurso aos RAL conhece uma grande tradição.

O sucesso da mediação tanto na pequena litigiosidade como na de grande escala (conflitos bélicos) deve-se, em boa medida, ao facto de serem as partes a decidir os termos do acordo e de não existir uma diferenciação ou polarização tão acentuada entre ganhadores e perdedores como sucede no processo judicial (cf. *supra* decisões mini-max vs. decisões soma-zero).

A mediação é o RAL que regista maior flexibilidade pois é utilizado em várias áreas de conflito como, as relações familiares (divórcio), saúde (negligência médica), actividade comercial, relações de vizinhança, nos círculos profissionais e laborais, na educação, no ambiente, no consumo e nas relações internacionais (diplomacia). Pode ser usada em conflitos bilaterais ou multilaterais (incluindo comunidades inteiras), o que pode exigir a intervenção de um painel de mediadores trabalhando concertadamente e não apenas de um só. Isso faz com que a prática da mediação varie muito de área para área, obedecendo à cultura, à simbologia e ao *ethos* próprio de cada uma. Apesar dessa diversidade, podemos encontrar alguns princípios ou características comuns e que enunciamos de seguida:

- *neutralidade do mediador* resultante da sua falta de interesse no resultado da disputa ou da sua ausência de qualquer relação com as partes que comprometa a imparcialidade da sua intervenção. O mediador serve para introduzir no processo uma dinâmica favorável ao diálogo e ao entendimento mútuo das partes que elas, por si não conseguem imprimir.
- *ausência de poder vinculativo do mediador*, na medida em que este não tem autoridade para impor às partes a sua solução do litígio, os seus termos do acordo. Isso não é incompatível com o seu poder de gerir as negociações e conduzir o processo, podendo optar por ouvir as partes em conjunto ou separadamente, escolher os meios mais adequados ao contacto com as partes (contacto presencial, carta, telefone ou e-mail), etc.
- *autoridade das partes*, no sentido que é aos litigantes e não ao mediador ou a outras instâncias exteriores que compete definir o

conteúdo do acordo. O mediador não possui qualquer poder ou autoridade que não seja o que lhe é dado pelas partes. Mesmo nos casos em que a mediação funciona como uma etapa prévia obrigatória no acesso aos tribunais, as partes devem manter o direito de não transigirem, isto é, a liberdade de poderem deixar a negociação independentemente de haver acordo ou não.

- *confidencialidade* e carácter privado de quase todos os processos de mediação. A confidencialidade do mediador durante o decurso das negociações e após a sua conclusão, com ou sem sucesso, é uma garantia que é dada habitualmente por todas as instâncias que praticam a mediação. Isso impede que num eventual processo judicial subsequente, ele possa revelar factos de que teve conhecimento durante a mediação e que as partes não o autorizaram a revelar.
- *proximidade, informalidade e celeridade* que decorrem do contacto mais personalizado do mediador com as partes (mesmo que o não faça pessoalmente), da ausência quase total de qualquer formalidade processual e do período de tempo relativamente curto que é necessário para obter uma decisão (alguns dias, poucas semanas ou escassos meses). Estes três aspectos implicam um menor desgaste emocional e financeiro das partes, tornando-as mais predispostas à negociação e ao consenso. Por outro lado, também permitem uma redução dos custos do sistema de litigação no seu conjunto, permitindo-lhes ampliar a oferta de serviços.
- *acordo voluntário* que resulta da vontade conjugada das partes e que tem a força de um contrato vinculativo para as mesmas. Quando o acordo não é possível ou não é cumprido, as partes dispõem sempre da possibilidade de recorrer a outras instâncias, nomeadamente aos tribunais²⁰

²⁰ Margaret Doyle (2000: 13) reconhece que, embora em teoria um acordo obtido num processo de mediação possa ser, enquanto contrato, susceptível de ser judicialmente executado, esta não é uma situação da qual os tribunais pareçam ter experiência, designadamente no Reino Unido. Alguns

- *pacificação social* derivada de um processo que procura atenuar as desigualdades entre as partes, que não se estrutura a partir do contraditório, que procura obter uma solução que seja mutuamente vantajosa e que, por isso, não acentua o conflito e procura preservar a relação entre as partes e dar-lhe continuidade.
- “*empowerment*” ou *capacitação das partes*. Nos processos adjudicatórios, o litígio está quase sempre na mão dos advogados, que utilizam procedimentos e linguagem tecnicamente complexos e inacessíveis. Na mediação, embora a presença dos advogados não esteja excluída à partida, as partes têm maior controlo sobre o litígio e podem mais facilmente dar a conhecer as suas razões, que nem sempre se tornam visíveis no decurso da acção judicial²¹. *Empowerment* significa o aumento da capacidade das partes de tomarem as suas próprias decisões e a conseqüente redução da sua dependência face a terceiros, incluindo profissionais de aconselhamento (Brown and Marriott, 1999: 130)²². Naturalmente que isso só é possível quando as partes se envolvem directamente na negociação, podendo, assim, manter o controlo do processo e decidir quando e quanto estão dispostas a transigir, e não quando o fazem através de mandatários.

autores acreditam mesmo que o grau de efectividade dos acordos obtidos em processos de mediação é superior à das decisões dos tribunais.

²¹ Ainda recentemente um conciliador/mediador do CIMASA (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóvel) referia que, de acordo com a sua experiência, são poucas as empresas que nos processos de mediação se fazem representar por advogado. Quase sempre o fazem através de um técnico superior ou mesmo de um administrador ou gerente.

²² Pela maior participação que é dada às partes e pela oportunidade que estas têm de expressar mais vivamente os seus interesses e as suas objecções, pode dizer-se que os RAL favorecem uma aculturação jurídica e ética dos cidadãos e da sociedade que pode funcionar como medida preventiva de novos litígios.

2.2 Mediação e negociação

A mediação constitui uma forma privada, informal e célere de, por meio do consenso, pôr fim a uma disputa. Na verdade, ela pode ser considerada uma espécie de “*auto-composição assistida*” dos conflitos, na medida em que é da vontade das partes que decorre a celebração do acordo, que são elas que dirigem as negociações sob a orientação e auxílio de uma terceira parte imparcial, o mediador. Os processos de adjudicação (judicial e arbitragem) são sempre formas hetero-compositivas de solucionar os conflitos, uma vez que a decisão do caso compete à terceira entidade que têm o poder de a impor às partes. A negociação directa entre as partes é uma forma de auto-composição em sentido estrito, dados que as partes solucionam entre si e sem ajuda de terceiros os seus conflitos. A mediação situa-se algures entre estes pólos, embora talvez mais próxima da auto-composição típica do processo de negociação.

A negociação não constitui verdadeiramente um processo RAL²³, na medida em que não se regista a presença de um terceiro neutro. As partes discutem directamente o seu problema e se essa discussão for bem sucedida levará à celebração do acordo que extinguirá o conflito. A negociação pode contar com a presença de defensores das partes (advogados ou solicitadores) ou de peritos, mas estes “vestem” o interesse e a pretensão da parte que os nomeia, pelo que a bilateralização (embora a negociação não tenha que ser um processo restrito a duas partes) se mantém. A regulação do diferença obedece, portanto, a uma lógica auto-compositiva, como foi referido.

No entanto, a negociação é o instrumento primário da mediação e dos demais RAL. Para Madux (1999, *apud* Brown e Marriott, 1999: 103) a negociação é o processo utilizado para satisfazer as nossas necessidades quando existe outra pessoa que controla aquilo que pretendemos. A

²³ Embora alguns autores a considerem como tal (cf. Vasconcelos-Sousa, 2002; Doyle, 2000).

negociação existe porque alguém tem algo que queremos obter e pelo qual estamos dispostos a lutar.

Todos nós aprendemos a negociar desde muito cedo, desde o adiamento da hora de dormir até ao prolongar da saída nocturna com os amigos, da taxa de juro do crédito aos acessórios que equipam o novo carro. À medida que o tempo passa, a nossa negociação torna-se mais refinada e complexa e vamos percebendo que para obtermos alguma coisa temos de dar algo em troca.

O domínio das técnicas de negociação, que possui uma forte componente de experiência, são fundamentais num mediador. Só assim ele conseguirá identificar *zonas de entendimento (zones of agreement)* que servem de parâmetro para um possível acordo, atendendo às pretensões e às aspirações²⁴ de cada litigante.

2.3 Mediação dentro e fora dos tribunais

Embora a mediação seja concebida como uma alternativa ao tribunal para dirimir conflitos, decorrendo fora dele, é hoje frequente encontrarmos serviços de mediação que funcionam dentro do mesmo edifício onde têm lugar os julgamentos.

A mediação fora dos tribunais é prestada por entidades públicas não judiciais, entidades privadas e entidades que resultam de parcerias estabelecidas entre o Estado e os privados com a finalidade de mediar conflitos. A oferta é numerosa, sobretudo nos EUA, no Reino Unido, na Escandinávia, na Áustria, na Bélgica ou na Alemanha²⁵. Para certos domínios da litigiosidade existe uma tendência concentracionista e de monopólio das entidades mediadoras (por exemplo, em matéria de seguros), enquanto noutros a tendência é a inversa com uma forte dispersão pelo território e existência de concorrência entre entidades públicas e privadas (é

²⁴ Carrie Menkel-Meadow (1983) sugere que o mediador deve ir além das pretensões manifestadas pelas partes e procurar apreender os anseios e as necessidades subjacentes, que podem não estar totalmente formalizadas.

²⁵ Mais desenvolvimentos sobre este ponto terão lugar na segunda parte deste estudo.

o caso dos serviços que fazem a mediação de conflitos de consumo e, cada vez mais, dos que se ocupam do sobreendividamento das famílias).

A mediação dentro ou “à sombra dos tribunais” é também uma realidade conhecida em vários países, incluindo Portugal. A sua finalidade é a de pôr fim ao processo por acordo, o que normalmente é possível até à sentença. Em alguns ordenamentos jurídicos, os próprios juizes podem mesmo obrigar as partes a recorrer à mediação. Entre nós encontramos esta vertente de mediação na que é praticada pelos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, quando as partes aceitam recorrer a esse processo antes ou em lugar de avançarem para a arbitragem de imediato e, mais recentemente, a mediação que tem lugar nos Julgados de Paz. Sendo ambas procedimentos voluntários, são consideradas pelos técnicos e magistrados que trabalham nestas entidades como uma experiência muito positiva, que regista uma aceitação crescente e que consegue eliminar com sucesso uma parte considerável da litigiosidade que chega até essas entidades. Nos EUA encontramos os *court-annexed ADR* que já referimos por diversas vezes e os tribunais multi-portas; em França existem já alguns exemplos de mediação ligada ao judicial no quadro das relações de família (Bonafé-Schmitt, 1992); na Holanda foi lançado em 2000 o Projecto Regional de Mediação em cinco comarcas que implementa a mediação nas áreas da litigação familiar, na área cível, comercial e administrativa; no Canadá, a mediação dentro dos tribunais está presente em várias províncias para áreas como os seguros, a família e outras vertentes do direito civil; na Austrália, o Tribunal Federal tem a funcionar desde 1987 um programa de mediação e desde 1996 que as partes são obrigadas a passar por ele.

2.4 As etapas da mediação

Apesar de a mediação ser menos informal do que a resolução de litígios em tribunal, isso não significa que não haja um mínimo de formalidades a cumprir. De facto, a mediação não deve ser vista como um procedimento totalmente informal, em que um mediador conversa

amigavelmente com as partes até que estas resolvam as suas divergências e passem a trabalhar de forma pacífica (www.nolo.com).

A mediação é um processo com um certo grau de formalidade, tendo em vista a obtenção do acordo. Apesar de não estar sujeito habitualmente a um procedimento pré-definido e com regras rígidas, é possível encontrar alguma constância procedimental e elementos comuns, mesmo em domínios muito díspares como as relações de família e os conflitos de consumo ou as relações de trabalho.

Num livro recentemente publicado, Vasconcelos-Sousa (2002: 129-136) enumera as etapas fundamentais de um processo de mediação e que são semelhantes às descritas por Brown e Marriott (1999), Lascoux (2001) e Lovenheim (*apud* www.nolo.com). É essa enumeração que, em termos sintéticos, reproduziremos de seguida.

A mediação possui uma *etapa preliminar* que serve para explicar o que é a mediação, apresentar o mediador e definir os termos em que a mediação vai ser conduzida. O mediador começa por se apresentar e identificar as partes, entrando de seguida na explicação do que é a finalidade da mediação e de quais são as suas regras, a saber: a presença na mediação de livre vontade e por decisão própria dos mediados, a possibilidade de as partes interromperem ou desistirem da mediação, a necessidade de actuarem de forma cordata e de aceitarem escutar o outro lado, o compromisso do mediador de conceder as mesmas oportunidades de expressão aos mediados e a sua disponibilidade para os esclarecer de quaisquer dúvidas sobre o funcionamento do processo, de modo a que as partes possam escolher se avançam ou não com a mediação. No caso de elas decidirem expressamente prosseguir, o mediador pede-lhes que assinem um acordo para efectivação da mediação. Nesse acordo são definidos vários aspectos relativos ao desenrolar da mediação: os aspectos relativos à confidencialidade da informação, o compromisso das partes de não arrolarem o mediador como testemunha em eventuais processos judiciais relativos aos temas da mediação, clarificação do papel do mediador (equidistante das partes e não advogado de uma delas) e aspectos

processuais (audição conjunta ou separada dos mediados, quem pode estar presente nas sessões, quando é que o mediador pode interromper ou terminar o processo, remuneração do mediador, custos da mediação).

Terminada esta etapa prévia e sendo acordado o dia, a hora e o local da mediação (de imediato ou tão breve quanto possível) esta é formalmente desencadeada e evolui ao longo de seis etapas findas as quais se deve conseguir responder com êxito a uma dupla finalidade: *solucionar de modo efectivo a disputa* (objectivo directo da mediação) e *pacificar a relação entre as partes* (objectivo indirecto da mediação).

Na primeira fase, o mediador irá começar por ouvir as partes, optando para o efeito por um de dois formatos (ou combinando-os): o formato da *diplomacia itinerante* ou o formato da *reunião plenária*. No primeiro formato, o mediador reúne-se com cada parte em separado, a fim de colher a sua versão dos factos e conhecer a sua predisposição²⁶. No segundo formato, o mediador encontra-se com as partes em simultâneo, reunindo-as numa mesma sala e ouvindo-as na mesma altura. As variantes e combinações dos dois formatos são frequentes e podem resultar da preferência do mediador ou da sua percepção sobre as condições próprias de cada um dos casos em que intervêm. No caso da audição das partes em simultâneo é fundamental que o mediador garanta a equidade do tempo concedido e que todos oiçam sem interromper.

Na segunda fase, o mediador começa por fazer um resumo do que as partes argumentaram, verificando se as partes compreendem plenamente o que foi dito e corrigindo sempre que for necessário. Dá início então à primeira discussão conjunta, de modo a tornar mais claras e objectivas as preocupações dos presentes, e se assim o entender, pode dialogar com cada uma em separado.

A terceira fase é a da listagem e organização das questões a resolver, podendo o mediador trabalhar com as partes no sentido de estabelecer uma

²⁶ Naturalmente que o contacto em separado com cada parte pode fazer-se através de outro meio que não a presença física dos mediados e do mediador, como o contacto por escrito ou por telefone.

hierarquia dessas mesmas questões e de acordar sobre os caminhos que devem ser percorridos de seguida para alcançar a solução.

A quarta fase é a da procura de ideias para resolver as questões elencadas, a sua selecção e o esboço de um possível acordo.

A quinta fase é expressão do entendimento conseguido entre as partes e traduz-se na redacção do acordo final. Este é revisto pelas partes, lido em voz alta pelo mediador e assinado pelas partes. Se o acordo não foi atingido, o mediador revê os progressos que foram feitos e informa as partes dos possíveis passos a tomar: nova mediação, recurso à arbitragem ou resolução do litígio no tribunal.

Finalmente, a sexta e última fase é preenchida com as recomendações finais do mediador e as felicitações aos mediados por terem atingido o consenso, se for esse o caso.

2.5 O mediador

A arte da mediação consiste em não restringir o campo de pesquisa de ideias. Para sair da dinâmica conflitual, a imaginação e o espírito de aventura são pontos importantes. Um problema que envolve pessoas não é resolvido se estas não participarem na sua resolução e não estiverem ou não forem motivadas para o fazer²⁷. Não se pode conseguir pôr termo a um conflito quando persistem as atitudes de rebeldia ou de vingança que impedem qualquer comunicação ou um consenso mínimo.

É neste cenário, por vezes duro e desfavorável, que o mediador surge como um *meio* (para ultrapassar o impasse), mas nunca como uma *garantia de resultado*.

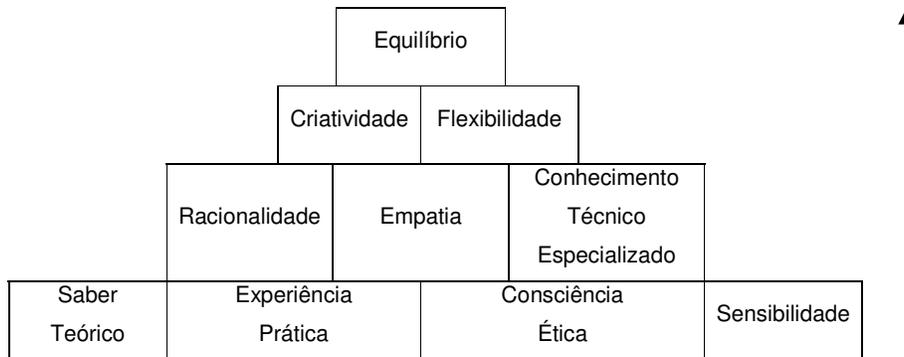
O mediador, seja um trabalhador assalariado ou independente, deve, antes de mais não se deixar identificar com a causa defendida por uma ou outra parte. Perante uma dinâmica conflitual, o mediador deve saber

²⁷ A participação na mediação não tem nada a ver com a preocupação do contraditório que é própria do processo judicial. A mediação não é um lugar de contraditório, mas de comunicação e concertação visando a resolução de conflitos (cf. www.nolo.com).

posicionar-se face os jogos de poder, às relações de força e às estratégias de influência, utilizadas pelas partes nas negociações. A *independência* face ao litígio e aos litigantes faz parte da essência do próprio papel do mediador. É por isso comum a elaboração de códigos deontológicos aplicáveis aos profissionais da mediação e de outros RAL que asseguram o cumprimento deste e de outros princípios éticos no exercício das respectivas funções²⁸.

Mas a independência não é a única característica que um mediador deve possuir. Brown e Marriott (1999: 329) apresentam em forma de organigrama, aqueles que na sua perspectiva devem ser os requisitos de um bom mediador (Figura 2).

Figura 2
Atributos do mediador



Adaptado de Brown e Marriott, 1999: 329

A somar às qualidades enunciadas, os autores acrescentam uma lista de atributos de natureza mais pessoal e menos profissional que os anteriores, a saber: *compreensão* da complexidade dos problemas e das preocupações e anseios das partes; *intuição* para apreender o que as partes não verbalizam; capacidade de conquistar e manter a *confiança* dos vários intervenientes, *firmeza* na condução e construção do processo e, finalmente,

²⁸ Vide, por exemplo, o código deontológico da *chambre nationale d'arbitrage et de médiation* francesa.

capacidade de *promoção e motivação* das partes através valorização de todas as opções positivas (Brown e Marriott, 1999: 336).

A intervenção do mediador nos processos pode fazer-se com várias intensidades. Pode traduzir-se numa postura mais pró-activa (quando toma a iniciativa de avançar com uma solução possível) ou mais reactiva (quando espera que as partes lhe peçam conselhos ou sugestões).

Diversos factores influenciam essa intensidade divergente. É o caso da formação de base e da formação específica do mediador, das suas características pessoais que ajudam a moldar um estilo próprio de mediação, da sua convicção sobre o exercício da função, da cultura dominante em cada área de litigação e do perfil dos litigantes.

Quando as partes escolhem a mediação esperam já a intervenção do mediador que virá estabelecer caminhos de diálogo, pontos de contacto. Mas, tal como o sal nos alimentos, a sua participação deve ser feita na medida certa, algo que só se consegue através da avaliação de cada caso e da experiência. Este é, por isso, um dos pontos onde a preparação profissional do mediador desempenha um papel essencial. O profissionalismo do mediador é um dos aspectos que mais pode contribuir para o êxito ou o fracasso de uma negociação. “Mediators who have had effective training and follow a code of practice should be fully alive to the question of limits and propriety of mediator intervention” (Brown e Marriott, 1999: 140).

2.6 A mediação do sobreendividamento dos consumidores - que perfil?

O sobreendividamento ou insolvência dos particulares, enquanto impossibilidade de o devedor fazer face às obrigações financeiras por si assumidas, é um fenómeno recente nas sociedades contemporâneas. É o produto de uma relação que se tem vindo a afirmar cada vez com mais insistência: a relação entre consumo e endividamento. As últimas décadas registaram uma profunda alteração na estrutura do consumo das famílias: com um poder de compra crescente, a oferta renovada e diversificada do

comércio e serviços, a diminuição da taxa de poupança (que, em Portugal, e de acordo com o Banco de Portugal, era de cerca de 14% em 1995 e de 10% em 2000), propiciaram um consumo sistematicamente em alta. À expansão e modificação dos hábitos de consumo veio corresponder uma pulverização das formas de pagamento, com a procura de crédito ao consumo e à habitação a crescer a um ritmo bastante acelerado.

É desta combinação entre crescimento do consumo e aumento da contratação de crédito para o financiar que pode decorrer a insolvência dos particulares. Quando aquela relação entra em crise, por diversas razões tais como um acidente de vida de que decorre uma quebra nos rendimentos auferidos ou uma má gestão do orçamento familiar, o sobreendividamento aparece como um elemento perturbador, gerando assim um triângulo conflituoso que requer atenção.

A resolução dos casos de sobreendividamento representa uma conflitualidade emergente nas sociedades de consumo e de recurso ao crédito generalizados. A resposta a essa conflitualidade pode ser múltipla e oscilar entre um tratamento baseado na litigação judicial clássica ou entre um mais orientado para a resolução por vias extrajudiciais, mormente através da mediação.

Creemos que a segunda solução se mostra, quando consideramos o caso português e a realidade dos nossos tribunais, a mais adequada. Sabemos já que em Portugal existe uma enorme resistência a litigar e sobretudo a litigar judicialmente. A resignação é ainda a atitude mais comum. Sabemos, por outro lado, que o sistema judicial português atravessa enormes dificuldades mercê de uma incapacidade para responder de forma rápida e eficaz à enorme quantidade de litígios que lhe é submetido. Sabemos que o sobreendividamento é uma área de conflitualidade social ainda mal conhecida dos tribunais e dos seus actores privilegiados: magistrados e advogados. Este contexto da litigação judicial não se mostra favorável à recepção destes novos conflitos. Por outro lado, o próprio conteúdo do conflito, ou seja, a sua natureza mostra algum ajustamento ao

tratamento por via não judicial. Sendo o sobreendividamento ligado ao crédito um problema onde a questão “tempo” surge com particular acuidade (mais tempo, mais prestações em atraso, mais juros, menor capacidade de reembolso) urge optar por modelos capazes de proporcionarem uma resposta rápida e eficiente. Além disso, a escolha dos RAL neste domínio vai de encontro àquilo que é uma prática habitual na actividade das instituições financeiras: quando o devedor entra em dificuldades quase sempre o banco se dispõe a negociar o alargamento do prazo de pagamento ou a consentir num período de jejum quanto ao pagamento. O interesse do banco é o de ser ressarcido, não o de ficar com as casas ou veículos. “Não somos empresas imobiliárias ou stand de automóveis” dizem as instituições financeiras habitualmente.

Posto isto, cremos que a aposta num modelo de tratamento baseado na mediação dos conflitos de sobreendividamento que pode articular-se com uma etapa judicial em sede de recurso, ou seja, para responder aos casos em que a mediação não foi bem sucedida ou características particulares do caso impeçam a sua utilização.

A mediação dos processos de insolvência dos consumidores comunga das características fundamentais que enunciámos anteriormente quando tratámos da mediação. No entanto, é oportuno considerar aquelas que nos parecem ser algumas das especificidades que tendem a ocorrer nestes conflitos que influenciam decisivamente a forma como a mediação é conduzida.

Nestes processos verifica-se quase sempre uma pluralidade de credores que torna a negociação mais complexa do que se apenas se tratasse de uma relação bilateral. Assim, o mediador terá de saber coordenar muito bem toda a negociação inter-partes, procurando criar o consenso necessário para que seja adoptado um acordo que, em regra, neste domínio se consubstancia na aprovação de um plano escalonado de pagamentos. Naturalmente que o risco de insucesso varia na razão directa da multiplicidade de actores envolvidos. Acresce que as relações

subjacentes ao sobreendividamento são quase sempre relações onde se regista um grande desequilíbrio de poder entre as partes. A posição do devedor é consideravelmente mais fraca o que fragiliza o seu poder negocial. É por isso que, e esta é uma outra característica comum aos processos de mediação do sobreendividamento, o mediador tende a assumir um papel misto de mediador e defensor da parte mais débil: propõe planos de pagamento e contacta os credores para os negociar. Nas palavras de Pierre Dejemeppe (1995) “o termo mediação não é dos mais adequados, se pensarmos noutras formas de mediação como a mediação familiar. Se, neste caso, o papel do mediador é o de fazer com que as partes cheguem por si a uma solução, o mediador de dívidas é um negociador que actua a pedido do devedor. Trata-se de uma posição delicada, uma vez que, embora agindo a pedido de uma das partes, ele deve ganhar confiança da parte contrária, no caso, o credor ou os credores”. Isso torna a sua posição particularmente delicada pois a sua maior proximidade com a causa do devedor pode comprometer a sua credibilidade junto dos credores. Neste ponto, a postura, o profissionalismo e a preparação do mediado jogam uma cartada decisiva. Normalmente, e é isso que a prática de outros países nos tem mostrado²⁹, o mediador consegue ganhar o respeito e a confiança dos credores que aceitam este reequilíbrio de forças. Outra dificuldade associada a este processo ocorre quando o devedor nada tem que permita elaborar um plano amigável de pagamentos. Nestes casos dificilmente se poderá criar algum tipo de acordo e a falência judicial pode ser a única resposta.

Esta é também uma área onde pode ser necessária a participação de uma equipa especializada junto dos mediadores onde se conte a presença de juristas, trabalhadores sociais, financeiros ou psicólogos. O sobreendividamento é um fenómeno multifacetado pois além da questão meramente financeira que é a base, existe todo um elenco de problemas psicossomáticos e de inserção que podem colocar-se e dificultar a celebração do acordo. Daí que o apoio especializado possa ajudar o

²⁹ Cf. segunda parte do estudo.

devedor a reabilitar-se perante si próprio e a sua família, o que, sem dúvida contribuirá para o aumento da capacidade de cumprir o acordado. Agir contra a marginalização destas pessoas é às vezes uma forte exigência. Concomitantemente, verifica-se que este processo criar menor estigmatização social e psicológica do que uma ida a tribunal: um ambiente mais informal, mais privado, onde as partes se podem fazer ouvir, que decorre com mais celeridade contribuem para que tal suceda. Acresce que a celeridade contém o agravamento da situação patrimonial do devedor e que estes processos são geralmente mais baratos em recursos e em tempo do que uma ida a tribunal.

Por tudo isto, parece-nos que apostar na mediação extrajudicial - mas judicial também por que não? (veja-se as potencialidades dos Julgados de Paz na segunda parte deste documento de trabalho) – reservando a tutela judicial para a fase de recurso se mostra uma resposta mais adequada a esta problemática. Deste modo, não só se pacifica a sociedade de forma menos agressiva e se favorece a manutenção da relação entre as partes, mas também se permite ao Estado poupar em vários domínios da despesa pública: justiça, habitação e apoio social.

Vários países europeus e não só têm vindo a aplicar a mediação extrajudicial (ainda que na hipótese de o processo chegar à fase judicial, passe por nova etapa de mediação, agora já dentro do tribunal, como sucede na Bélgica) ao sobreendividamento das famílias com um sucesso muito apreciável. De tal modo que diversas leis do sobreendividamento impõe como condição de acesso aos tribunais a prova de que houve uma tentativa de acordo voluntário extrajudicial que essa tentativa falhou (cf. as leis dinamarquesa, alemã, finlandesa, sueca, austríaca, holandesa e luxemburguesa). No caso português, a mediação do sobreendividamento é ainda muito incipiente e carece de uma maior atenção e reflexão. No Capítulo II deste estudo serão sistematizadas as diversas experiências em curso neste domínio, as suas características e as suas limitações. Apenas queremos destacar dois ou três aspectos a ter em conta no caso português. Um deles diz respeito ao facto de muitos dos sobreendividados (Quantos

são ao todo? Não sabemos.) poderem integrar os grupo dos sobreendividados sociais, ou seja, daquelas pessoas ou famílias que nem sequer tem o mínimo necessário para sobreviver e para quem a elaboração de um plano de pagamentos é praticamente impossível. São os chamados sobreendividados sociais. Para estes a resposta terá de ser pensada noutros termos. Outro aspecto a considerar é o facto de, no contexto cultural e sócio-jurídico português, ser de ponderar a hipótese de uma eventual homologação judicial (através dos Julgados de Paz se se concretizar a sua expansão territorial?) dos acordos celebrados em sede de mediação. Esta solução apenas é conhecida em França e na Bélgica e neste país apenas para a mediação judicial. A fraca cultura jurídica e um certo sentimento de desconfiança entre consumidores e instituições financeiras pode requerê-lo, embora, a nossa ver, esta fosse uma situação que deveria ser tida por desnecessária.

A inclusão de mecanismos de RAL neste casos terá de passar por um processo de educação e aculturação quer das pessoas, quer das instituições públicas e privadas. Mas terá de passar igualmente por uma aposta muito forte no apetrechamento técnico e humano das entidades capazes de poder fornecer serviços de mediação para estes casos e na formação cuidada, rigorosa e intensiva dos mediadores. A nossa ideia de apostar em serviços já instalados e conhecedores da temática do consumo como os Centro de Informação Autárquicos ao Consumidor, os Centros de Arbitragem e as Associações de Defesa dos Consumidores só será praticável se existir um aumento das competências técnicas e profissionais dos seus membros.

Não se pense, pois, que a criação destes serviços é isenta de custos. A questão é a de pesar bens os custos de instalação destas alternativas e os ganhos decorrentes da sua actividade face aos custos e aos ganhos associados à solução judicial.

Capítulo II – A mediação do sobreendividamento em Portugal e experiências comparadas

1. Os RAL e o tratamento do sobreendividamento no quadro da regulação comunitária

A política de protecção dos consumidores na União Europeia (UE) e a questão do acesso dos cidadãos ao direito e à justiça foram sempre preocupações essenciais em todos os países da UE. Segundo João Pedroso (2001: 166) “a globalização do campo jurídico da protecção dos consumidores, enquanto efeito indirecto da regulação do mercado e enquanto política autónoma e de construção da cidadania dos consumidores, tem sido efectuada na UE simultaneamente a duas velocidades. A de alta intensidade, através da harmonização positiva e negativa das legislações dos Estados-Membros, e a de baixa intensidade, através dos instrumentos normativos não vinculantes ou *soft law*, como os recentes planos trienais de promoção da política de protecção dos consumidores na UE”.

No que toca à produção normativa relativa à protecção dos consumidores, o acesso à justiça e resolução de litígios surge como uma das áreas com maior relevância. Com efeito, nos termos do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. Por outro lado, o art. 153º do Tratado CE, relativo à defesa dos consumidores, estabelece que “a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”.

Desde a instituição da Comunidade Económica Europeia que as instituições comunitárias têm vindo a desempenhar um papel de extrema relevância no desenvolvimento de uma justiça célere e eficaz. Este desempenho pode ser analisado em diferentes momentos, tomando como ponto de referência o Livro Verde sobre o acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios no mercado.

1.1 As primeiras iniciativas

A Carta do Conselho da Europa sobre a Protecção dos Consumidores, aprovada pela Resolução n.º 543, da Assembleia Consultiva, de 17 de Abril de 1973, veio trazer à política comunitária de protecção dos consumidores uma influência decisiva. Em 1975, é organizada em Montpellier uma Conferência sobre o “Acesso dos Consumidores à Justiça”, ao mesmo tempo que a Resolução do Conselho de Ministros de 14 de Abril de 1975 apresenta o Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para a protecção e informação dos consumidores. Esta Resolução definiu os objectivos e princípios gerais de uma política de defesa do consumidor, onde se destaca a autonomização, no art. 32º, do direito à justa reparação dos danos causados aos consumidores, através de processos rápidos, eficazes e pouco dispendiosos. Por outro lado, este documento expôs um conjunto de acções prioritárias que diziam respeito, nomeadamente, à elaboração de um estudo comparativo sobre os sistemas existentes nos Estados-Membros, e de propostas para uma utilização racional dos meios existentes.

A Resolução do Conselho, de 19 de Maio de 1981, que aprovou o Segundo Programa Preliminar para a Defesa do Consumidor, e as Resoluções de 9 de Novembro de 1985 e de 23 de Junho de 1986 relativas, respectivamente, à educação e informação dos consumidores e às orientações futuras da política da Comunidade Económica Europeia, vieram reafirmar os princípios anteriormente referidos, chamando ainda a atenção para a importância de que se reveste o desenvolvimento de um conjunto de procedimentos conciliatórios para a resolução dos litígios de consumo.

Face a este sentimento generalizado foram publicadas várias Recomendações pela Comunidade, relativamente à questão do acesso dos consumidores à justiça: a Recomendação n.º R(81) do Comité de 1981, relativa à protecção legal dos interesses colectivos dos consumidores por associações de consumidores; a Recomendação n.º R(81)7 de 1981, que se referia às medidas facilitadoras do acesso dos consumidores à justiça, incentivando a resolução amigável dos litígios; a Recomendação n.º R(84)5 de 1984, relativa às normas de processo civil destinadas a melhorar o funcionamento do sistema judicial; e a Recomendação n.º R(86)12 de 1986, que veio colocar no centro do debate a resolução amigável dos litígios fora da ordem judiciária, quer antes, quer durante o processo judicial.

Tendo concluído que os diferentes sistemas judiciais não se coadunavam com a resolução dos litígios de consumo, a Comissão elaborou uma Comunicação - COM (84) 692 final -, de 4 de Janeiro de 1985, relativa ao acesso dos consumidores à justiça. Em 7 de Maio de 1987, esta Comunicação foi alvo de uma Comunicação Complementar onde se referia a criação de uma agência comunitária, que teria por missão facilitar a troca de informação, e a necessidade de elaborar uma Directiva-Quadro que, ao mesmo tempo, introduzisse o direito das associações de consumidores defenderem judicialmente os seus interesses colectivos, e harmonizasse as legislações dos Estados-Membros. O Conselho, em resposta à Comissão, veio ressaltar a importância dos conflitos transfronteiriços, convidando-a a complementar a sua análise atendendo ao alargamento da Comunidade a novos membros, ou seja, Portugal e Espanha.

Em 1992, é realizada em Lisboa a III Conferência Europeia sobre “O Acesso dos Consumidores à Justiça”, cujas conclusões influenciaram a elaboração de um Livro Verde sobre esta matéria.

1.2 O Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a Resolução de Litígios no mercado único

Na sequência das iniciativas entretanto promovidas e referidas no ponto anterior, a Comissão entendeu levar a cabo a elaboração de um Livro

Verde em 1993 que versasse sobre as questões do acesso à justiça dos consumidores. Este documento abordou a questão de forma sistemática, mediante a descrição e comparação dos processos aplicáveis aos litígios de consumo nos vários países da Comunidade, através da elaboração de um conjunto de reflexões para debate e de conclusões. As conclusões expostas no Livro Verde apontavam, em primeiro lugar, para a possibilidade das acções inibitórias serem propostas pelas associações de consumidores e por organismos profissionais contra práticas comerciais ilícitas transfronteiriças, bem como para a questão do financiamento daquelas entidades. Em segundo lugar, justificava-se a necessidade de criar um organismo de acompanhamento das queixas transfronteiriças. Em terceiro lugar, o documento referia-se à promoção de códigos de conduta, cujos requisitos mínimos poderiam constar de uma Recomendação da Comissão. Em quarto lugar, ressaltava-se a importância da intensificação dos contactos entre os diferentes organismos de arbitragem e consumo com o objectivo de trocarem experiências. Finalmente, e com a finalidade de se garantir a cobertura de todos os Estados-Membros, foi referida a necessidade de consolidar a cooperação transfronteiriça existente.

Posteriormente, o Livro Verde foi objecto de consulta e audição pública favorável, tendo produzido uma influência considerável nas medidas que a UE veio a adoptar mais recentemente.

1.3 O Plano de Acção de 1996, a Comunicação da Comissão de 1998 e as Recomendações de 1998 e 2001

Após a publicação do Livro Verde, foi criada uma Direcção-Geral responsável pelas questões relativas à protecção dos consumidores – a DG XXIV – tendo sido tomadas algumas iniciativas com impacto sobre a questão do acesso dos consumidores à justiça, de onde podemos salientar o Plano de Acção de 1996, relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios no mercado interno, a Comunicação relativa à resolução extrajudicial dos conflitos de consumo e a Recomendação relativa

aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios.

O Plano de Acção (COM (96)13 final) relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no mercado interno caracterizou o litígio de consumo a partir da desproporção existente entre o interesse económico da causa e o custo da sua resolução através da via judicial. Por outro lado, para além de enquadrar e elencar os meios extrajudiciais de resolução de litígios de consumo existentes nos Estados-Membros³⁰, veio reforçar a necessidade de fixar critérios que permitissem apoiar e completar a política levada a cabo em alguns Estados-Membros que escolheram a via da conciliação para a resolução dos litígios de consumo.

Na sequência do Livro Verde e do Plano de Acção de 1996, em 1998, a Comissão Europeia elaborou uma Comunicação (SEC (1998)576, de 30 de Março de 1998) relativa à *resolução extrajudicial dos conflitos de consumo*. Segundo o articulado da Comunicação, existem três formas alternativas, mas complementares, para melhorar o acesso dos consumidores à justiça: a simplificação e a melhoria dos procedimentos judiciais, o reforço da comunicação entre profissionais e os consumidores e o recurso a procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo. Desta forma, com a presente Comunicação, a Comissão veio propor duas iniciativas destinadas a garantir uma eficaz protecção dos consumidores e a facilitar o acesso à defesa dos seus interesses. a primeira, diz respeito à promoção da resolução amigável dos litígios de consumo³¹; a segunda, à prestação de garantias adequadas à criação e ao funcionamento de organismos extrajudiciais de resolução de litígios³².

³⁰ Onde já se fazia referência ao projecto do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, apoiado pela Comissão.

³¹ Para este efeito, a Comissão apresentou um formulário europeu de reclamação do consumidor.

³² Os procedimentos a que a Comunicação se refere são aqueles que, independentemente da sua natureza jurídica, se caracterizam pela intervenção de um terceiro neutro.

No decorrer do mesmo ano, surgiu a Recomendação 98/257/CE³³, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo, entretanto actualizada pela Recomendação 2001/310/CE, que, partindo do pressuposto de que a experiência adquirida por diversos Estados-Membros demonstra que os RAL asseguram resultados positivos na resolução dos litígios de consumo, estabeleceu um conjunto de princípios a ser observados pelos organismos de resolução extrajudicial conflitos de consumo: os princípios da independência³⁴, da transparência³⁵, do contraditório, da eficácia³⁶, da legalidade, da liberdade³⁷ e da representação.

1.4 A Directiva sobre o crédito ao consumo e o Relatório do Comité Económico e Social sobre o sobreendividamento das famílias

Relativamente à problemática específica do sobreendividamento não podemos deixar de fazer referência a dois documentos cruciais. Em primeiro lugar, a Directiva 87/102/CEE, revista pela Directiva 98/7/CE, de 16 de Fevereiro, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito ao consumo, que fixou o enquadramento comunitário do crédito ao consumo, com o objectivo duplo de contribuir para a criação de um mercado comum no domínio do crédito e de instituir um conjunto mínimo de regras

³³ Esta Recomendação influenciou profundamente o Decreto-lei n.º 146/99, de 4 de Maio que veio disciplinar o registo das entidades que pretendam instituir meios de resolução extrajudicial de conflitos de consumo através de serviços de mediação, de comissões de resolução de conflitos ou de provedores de cliente.

³⁴ A independência do organismo responsável pela tomada de decisão será assegurada de forma a garantir a imparcialidade da decisão.

³⁵ O princípio da transparência refere-se ao conjunto das informações relativas à descrição do tipo de litígio, às regras que regulam o organismo, o custo do processo, etc.

³⁶ A eficácia do processo deverá ser assegurada por determinadas medidas, como por exemplo, a gratuitidade do processo, a fixação de prazos curtos e pela atribuição de um papel activo ao organismo competente.

³⁷ A decisão do organismo só será vinculativa para as partes quando estas tiverem sido informadas desse facto e o tiverem aceite de forma expressa.

comuns de protecção dos direitos dos consumidores quando celebrem um contrato de crédito. Contudo, verificou-se neste domínio do crédito às pessoas singulares em geral, e do crédito ao consumo em especial, a existência de grandes disparidades entre as legislações dos diferentes Estados-Membros, o que, sob o impulso da presidência portuguesa, incentivou a Comissão a avançar com a revisão da directiva, após a realização de uma série de estudos e de uma análise comparativa do conjunto das legislações nacionais.

Presentemente está em curso a revisão da Directiva 87/102/CEE, que se baseia em seis orientações: a) redefinição do âmbito de aplicação da directiva, a fim de adaptar a mesma às novas realidades do mercado e de traçar com maior precisão a fronteira entre crédito ao consumo e crédito à habitação; b) integração de novas disposições que tenham em conta não apenas os bancos, mas também os intermediários de crédito; c) criação de um quadro estruturado de informação para o credor, a fim de que este possa melhor avaliar os seus riscos; d) definição de uma informação mais completa quer para o consumidor, quer para eventuais fiadores; e) partilha mais equilibrada das responsabilidades entre o consumidor e o profissional; f) melhoria dos aspectos práticos do tratamento por parte dos profissionais dos incidentes de pagamento, quer para o consumidor, quer para o credor.

As disposições constantes da proposta de directiva contêm algumas directrizes sobre a prevenção do sobreendividamento e, relativamente à resolução de conflitos, o art. 32º vem exigir aos Estados-Membros um esforço no sentido de incentivar e proporcionar a implementação de formas de resolução alternativa de litígios, na medida em que, exige aos Estados-Membros a cooperação entre si em matéria de resolução extrajudicial de conflitos transfronteiriços.

Em segundo lugar, durante a presidência portuguesa da UE, o Comité Económico Social, na sua Secção do Mercado Único, Produção e Consumo, elaborou um documento “O sobreendividamento das famílias”³⁸ cujos resultados contribuíram de forma relevante para a compreensão e futura

³⁸ O relator do documento foi Manuel Ataíde Ferreira.

regulação do fenómeno do sobreendividamento. Os objectivos deste documento consistem em “identificar as principais causas do sobreendividamento das famílias, por forma a determinar o seu alcance nos Estados-Membros e nos países em vias de adesão, em elencar as medidas necessárias para a prevenção e recuperação já existentes ou em preparação, e numa chamada de atenção à Comissão e ao Conselho, no sentido do estudo sobre a necessidade e oportunidade de serem tomadas medidas harmonizadas a nível da UE” (Comité Económico e Social, 2000: 4). Se por um lado, este documento descreve um conjunto de medidas de prevenção do sobreendividamento, nomeadamente no que diz respeito às informações que devem constar obrigatoriamente de um contrato de crédito, por outro faz referência a um conjunto de medidas de aconselhamento e de acompanhamento, onde se destaca a tentativa de negociar com os credores planos de pagamento e de reescalonamento de dívidas, aspecto essencial que aponta para a resolução extrajudicial de um possível litígio através de mediação independente. Acresce que no *item* relativo à prevenção especial do fenómeno, é sugerida a obrigação de o credor fornecer ao devedor, na negociação de qualquer crédito, um plano de pagamentos com a indicação precisa dos montantes das prestações periódicas a pagar. Por fim, é também sugerida a utilização de mecanismos judiciais ou para-judiciais de resolução de litígios. As propostas presentes neste documento não são despiciendas, contribuindo para chamar a atenção das instâncias comunitárias para a problemática de que se reveste a questão do sobreendividamento.

Do exposto, resulta o interesse e o papel promotor da UE no desenvolvimento de um conjunto de meios complementares extrajudiciais adaptados às especificidades de que se reveste a relação de consumo, designadamente as especificidades ligadas ao endividamento e ao sobreendividamento dos particulares, e que tem influenciado o direito nacional.

2. A mediação do sobreendividamento em alguns países europeus e nos EUA

O grande impulso que tem sido dado aos meios de resolução alternativa de conflitos em outras áreas de litigação expandiu-se, em vários países, até à resolução de litígios provenientes de situações de sobreendividamento. Quase sempre está prevista uma tentativa de mediação amigável que funciona como uma condição indispensável ao acesso à via judicial, na medida em que só é admissível o recurso ao tribunal quando o acordo voluntário não foi alcançado. Vários regimes europeus (por exemplo, francês, belga, holandês, alemão, austríaco, finlandês, sueco, e norueguês) partilham deste entendimento que subjaz à filosofia da reeducação, impondo aos sobreendividados o cumprimento de um plano escalonado de pagamentos amigável ou judicial, que pode ainda, nalguns casos, ser combinado com uma liquidação do património do devedor (Marques *et al.*, 2000: 214 e ss).

Em algumas legislações (por exemplo, alemã, francesa, belga, finlandesa, sueca, norueguesa, holandesa, luxemburguesa, austríaca e suíça) exige-se que, numa primeira fase, o devedor tente chegar a um acordo com os seus credores por forma a estabelecer um plano voluntário de pagamentos. Este acordo pode valer por si só, vinculando as partes (como acontece nas leis escandinavas, suíça, alemã e austríaca) ou, para ter força executória, pode necessitar de homologação judicial (são os casos da lei belga e francesa). Na maioria dos casos, o acordo é condição necessária de acesso à via judicial, isto é, o recurso ao tribunal só é admissível quando o acordo voluntário não for obtido.

Durante a fase extrajudicial, onde se verifica a tentativa de mediação, o devedor pode contar com a colaboração e auxílio de especialistas, que de acordo com os diferentes regimes, podem ser designados pelo próprio tribunal³⁹, por gabinetes de aconselhamento promovidos pelas autoridades

³⁹ Na Noruega é nomeado um oficial de execução; na Bélgica um mediador de dívidas, nos casos em que o devedor não tenha indicado um mediador no requerimento de abertura do processo; e na Suíça um comissário judicial.

administrativas locais⁴⁰, pelas organizações de defesa de consumidores⁴¹, ou por outro tipo de entidades⁴².

O conteúdo do plano amigável varia entre os regimes que deixam inteira liberdade às partes para fixar as condições de reembolso, incluindo a redução dos juros e do capital, alargamento dos prazos de pagamento e duração do plano, e os regimes em que os termos e modo de execução do plano são regulamentados através de uma fase conciliatória extrajudicial totalmente formalizada (como acontece em França, na Holanda e na Noruega).

A etapa judicial pode constituir a única fase do processo de tratamento do sobreendividamento ou funcionar como uma etapa de recurso de um processo onde se encontra enxertada uma fase de mediação. Exemplos da primeira modalidade são o Capítulo 7 do *Bankruptcy Code* dos EUA e o *Insolvency Act* do regime inglês. Na segunda modalidade, em primeiro lugar, encontram-se os sistemas que defendem a liquidação do património do sobreendividado como segunda opção (Alemanha, Áustria e Suíça); e em segundo lugar, os países que prevêm a elaboração de um plano amigável de pagamentos (França, Luxemburgo, Dinamarca e Suécia) que, pode ser

⁴⁰ Por exemplo, na Suécia existem os conselheiros financeiros do serviço municipal de ajuda ao consumidor e os departamentos de protecção social; na Finlândia há gabinetes municipais de aconselhamento; na Alemanha, para além de centros locais de aconselhamento existem organismos sociais; e na Áustria, todas as províncias dispõem de centros de aconselhamento e assistência aos devedores.

⁴¹ Por exemplo, os *Citizen Advice Bureau* na Alemanha e no Reino Unido.

⁴² No Reino Unido existem os *Money Advice Support Units*, no âmbito do procedimento do *Individual Voluntary Arrangement*. O procedimento no Reino Unido é judicial. Contudo, existe um instrumento denominado *Individual Voluntary Arrangement* (IVA), que consiste na possibilidade de um devedor em dificuldades negociar um plano de pagamentos com, pelo menos, o acordo de 75% dos créditos presentes. Este plano é elaborado e a sua execução é supervisionada por um especialista em matéria de sobreendividamento, mas só terá força executória a partir do momento em que for homologado pelo juiz. Este plano pode ter lugar antes ou após a declaração de falência do devedor e, no caso de ser aprovado pelo tribunal, protegerá o devedor contra os credores. (http://www.bcentral.co.uk/finance/health/insolvencyfaq/What_is_an_individual_voluntary_arrangement.asp)

combinado com a execução dos bens do devedor (Bélgica, Dinamarca e Finlândia).

Relativamente aos regimes presentes nos países sul-americanos, de uma maneira geral, tal como nos EUA, os meios de resolução alternativa de litígios estão bastante implementados. Exemplo deste facto é o Brasil onde coexistem uma série de mecanismos extrajudiciais para a resolução de conflitos de toda a índole. No que ao sobreendividamento diz respeito, não existem mecanismos extrajudiciais específicos para a sua resolução. Contudo, o devedor que se encontrar na impossibilidade de fazer face aos seus compromissos de crédito poderá recorrer a uma das agências existentes por todo o Brasil.

Neste momento, não existe um regime que seja unicamente de natureza extrajudicial⁴³. De facto, os regimes de tratamento do sobreendividamento são quase sempre mistos: combinam a via judicial como a mediação dentro ou fora dos tribunais. A via judicial funciona sempre como solução de segunda fase, ou seja, quando a questão não ficou sanada na mediação.

Para melhor identificarmos as características de mediação do sobreendividamento nos sistemas de natureza exclusivamente judicial e de natureza mista, analisaremos de forma breve, alguns exemplos europeus, como a Bélgica e a França e, por outro lado, os EUA.

Em França, o processo previsto para o tratamento do sobreendividamento (Lei 89-1010, de 31 de Dezembro de 1989, revista em 1995 e 1998) tem um carácter misto, conjugando, de forma sucessiva, uma fase administrativa conciliatória e uma fase judicial. A fase administrativa, que desde 1995 é obrigatória, decorre nas Comissões de Sobreendividamento (*Comissions de Surendettement*), instaladas em cada

⁴³ Em Espanha, por exemplo, encontra-se neste momento a ser discutida uma lei de regulação do sobreendividamento dos particulares. De acordo com as conclusões da Jornada de Sobreendeudamiento, que decorreu em Madrid, no dia 11 de Dezembro de 2001, “esta regulación debería contemplar la posibilidad de aglutinar en un único proceso judicial a la totalidad de acreedores del consumidor, con la finalidad de, a través de la mediación de la autoridad judicial, alcanzar un acuerdo con los acreedores, que permita la recuperación económica del consumidor. Este proceso deberá contemplar las normas de protección del consumidor, dictadas en cumplimiento del deber que el artículo 51 de la Constitución impone a los poderes públicos.

departamento territorial, que definem um plano escalonado de pagamentos para o devedor, após a aprovação dos credores mais importantes. Estas Comissões são compostas por um representante do Estado do departamento respectivo, pelo “tesoureiro geral”, por um representante local do Banco de França, pelo director dos serviços fiscais, por um representante das associações de famílias ou de consumidores, sendo o seu funcionamento colegial e descentralizado, não estando, assim, sujeitas a nenhuma entidade hierárquica nacional.

O processo começa por iniciativa do devedor que entrega, junto da Comissão, uma declaração com a descrição da sua situação. A Comissão procede à análise dos requisitos legais exigidos ao accionamento do processo e, de acordo com os dados que possui, decide aceitar ou não o pedido. Aceite o pedido a Comissão começa por investigar as dívidas do sobreendividado e o seu orçamento, elaborando de seguida um plano de pagamentos que terá em conta o mínimo indispensável à subsistência do devedor. Por fim, tenta conciliar o devedor com os seus credores. Este plano deverá ser aprovado pelo devedor e pelos seus credores principais e valerá como contrato vinculativo para as partes. A assinatura deste acordo pode também permitir às Comissões requerer ao Juiz a suspensão temporária de todas as execuções que estejam a correr contra o devedor. Caso o acordo não seja assinado, a Comissão atesta o insucesso da conciliação, e o devedor deverá, mais uma vez por sua iniciativa, seguir para tribunal. A fase judicial só é desencadeada no caso da primeira fase não ter sucesso, e o papel do juiz é bastante diminuto, visto que, normalmente segue as recomendações proferidas pelas Comissões, o que por si só demonstra a importância do seu papel.

O procedimento previsto na lei belga para o tratamento dos devedores insolventes, diferente do francês de natureza essencialmente administrativa, processa-se a três velocidades: mediação extrajudicial, mediação judicial e julgamento.

A mediação extrajudicial de dívidas tem lugar em toda a Bélgica e nela estão empenhadas entidades públicas ligadas à assistência social e entidades privadas sem fins lucrativos. O seu papel é de tal modo relevante que, segundo dados do *Observatoire du Credit et de l'Endettement*, (2001), 80% dos processos de sobreendividamento foram resolvidos mediante a mediação extrajudicial de dívidas e, dos restantes 20%, uma parte significativa foi resolvida através da mediação judicial.

O procedimento judicial previsto na Lei de 5 de Julho de 1998 caracteriza-se por conter uma fase de mediação enxertado no processo judicial, e por uma fase exclusivamente judicializada⁴⁴. A primeira destas fases tem o seu início mediante iniciativa do devedor que entrega um requerimento, no tribunal de primeira instância competente, contendo todas as informações relativas ao seu historial. Após aceitar o requerimento, o juiz nomeia um mediador. Este mediador, cuja actividade é fiscalizada pelo juiz, tem por função a elaboração de um plano amigável extrajudicial de reestruturação do passivo que será apresentado aos credores. O conteúdo do plano e a sua duração são livremente negociáveis entre as partes, dispendo a lei um prazo de quatro meses como limite para a sua aprovação.

Contudo, quando o mediador constata a impossibilidade total de acordo amigável envia ao tribunal o plano que elaborou, acompanhado de algumas observações. De seguida, o juiz convoca as partes e o mediador e, após apreciar as informações que possui, pode decidir pela aplicação de um plano judicial de regularização ao devedor e aos seus credores⁴⁵⁴⁶, cuja execução será acompanhada pelo mediador.

Daqui resulta a importância da figura do mediador, na medida em que auxilia o devedor, estabelece a ligação entre este e os seus credores, mas também é o responsável pelo acompanhamento e fiscalização tanto da execução do plano amigável, como do plano judicial. Na Bélgica, podem ser

⁴⁴ No Canadá também existe uma fase de mediação enxertada no processo judicial que é regulada nos termos do *Bankruptcy and Insolvent Act*.

⁴⁵ O prazo deste plano em caso algum ultrapassará o período de cinco anos.

⁴⁶ Note-se que tanto o plano de regularização amigável, como o judicial podem prever o perdão de dívidas.

mediadores os profissionais da área da justiça, como os advogados, os oficiais de justiça, os notários ou os mandatários judiciais, como podem ainda exercer esta profissão instituições públicas ou privadas autorizadas para o efeito, como por exemplo, os Centros de Mediação de Dívidas da região da Valónia.

Os EUA têm um complexo sistema de tratamento do sobreendividamento alicerçado no *Bankruptcy Code* e nos centros de aconselhamento que operam fora da via judicial antes ou após a falência do sobreendividado ser decretada. Tanto o Capítulo 7 como o 13 daquele código dirigem-se ao tratamento dos sobreendividados, seja através da liquidação total dos bens do devedor, seja mediante a aprovação de um plano de pagamentos. Não se prevê em qualquer dos capítulos a mediação extrajudicial. Todavia, existe uma rede de centros e de agências de aconselhamento e de educação do consumidor que se dedicam, entre outras, à actividade de mediação. Por exemplo, fazem mediação de dívidas os *Consumer Credit Counseling Services (CCCS)*⁴⁷ que são instituições privadas sem fins lucrativos, reconhecidas pelo *Council on Accreditation of Services for Families and Children, Inc (COA)*, autofinanciadas através de pequenas prestações cobradas aos devedores que recorrem aos seus serviços, ou através da contribuição de credores associados que beneficiam dos planos de recuperação de dívidas⁴⁸. De entre os instrumentos utilizados para proceder ao tratamento extrajudicial do sobreendividamento dos particulares é de destacar o *Debt Management Plan* que consiste num plano voluntário de reestruturação de dívidas.

A pedido do devedor e posteriormente à elaboração do plano de pagamentos⁴⁹, o centro contacta os credores e tenta fazer a mediação que poderá consistir, designadamente, na alteração de prazos, de taxas de juro

⁴⁷ Estes serviços podem ser de âmbito local ou mesmo nacional.

⁴⁸ Podem ainda ser financiadas mediante a prestação de serviços de outra natureza, como a venda de livros, organizações de seminários e gestão financeira dos indivíduos e das suas famílias.

⁴⁹ A duração dos planos nunca deverá exceder os quatro anos.

ou na redução das prestações devidas. Este mecanismo tem as vantagens de evitar a pressão que os credores fazem sobre os devedores, o recurso ao processo de falência e a consequente liquidação do património.

3. A mediação do sobreendividamento em Portugal

3.1 A resolução de litígios de consumo no direito português

Em Portugal, a protecção do consumidor encontra, desde logo, a sua expressão mais forte na Constituição da República Portuguesa, de 1976. No seu art. 60º, cuja epígrafe se intitula “*Direitos dos Consumidores*”, são definidos em termos gerais, entre outros, o direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, o direito à informação e o direito à protecção contra a publicidade oculta, indirecta ou dolosa dos consumidores, o direito à reparação dos danos e, nos termos do art. 20º do mesmo diploma, a todos os cidadãos é reconhecido o direito de acesso efectivo ao direito e à justiça. É a nossa lei fundamental que estabelece o direito dos consumidores à defesa dos seus interesses através do recurso à justiça, quer seja a justiça tradicional dos tribunais, quer seja uma “outra justiça” que recorra a meios alternativos de resolução de litígios.

Em conformidade com o imperativo constitucional, foi publicada a primeira lei de defesa do consumidor - Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto -, onde se encontravam previstos os direitos dos consumidores e os direitos das associações de consumidores, bem como as regras e princípios em que se haveria de concretizar tal defesa. Entretanto, aquele diploma foi revogado e substituído pela actual lei em vigor, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que constitui o pilar da política de consumo e dos direitos dos consumidores em Portugal.

Nas palavras de Calvão da Silva (1990: 46), a “protecção do consumidor tornou-se lugar de encontro de dois movimentos, o movimento geral de acesso efectivo ao direito e à justiça e o movimento especial do consumerismo, em que confluem ideias, objectivos e meios comuns:

educação, informação, auscultação, consulta e representação dos cidadãos, em geral, e dos consumidores, em especial, bem como a criação de meios jurídicos de concretização dos seus direitos e da realização da justiça para todos”. Com efeito, a protecção do consumidor, segundo o mesmo autor, pode ser perspectivada em cinco eixos: o da protecção do consumidor contra práticas desleais e abusivas; o da informação, formação e educação do consumidor; o de protecção do consumidor em torno da sua representação e consulta; o de protecção do consumidor contra produtos perigosos e defeituosos; e por fim, o do acesso ao direito e à justiça por parte dos consumidores. É esta a forma que a protecção dos consumidores tem assumido perante diferentes medidas legislativas adoptadas pelos estados e que se consubstanciam no denominado *direito dos consumidores*.

De entre os eixos referidos por Calvão da Silva (1990:46), importa aqui analisar o do acesso ao direito e à justiça por parte dos consumidores na procura de defesa dos seus direitos.

Para fazer face à relação de desigualdade que caracteriza a relação de consumo, o direito de protecção dos consumidores tem vindo a desenvolver-se através de quatro modelos de actuação que coexistem, total ou parcialmente, em todas as sociedades: os modelos de auto-tutela ou de auto-composição; o de controle partilhado entre o Estado, os consumidores e os produtores e/ou comerciantes; o de controle administrativo; e o de controle judicial. A inclusão dos meios de resolução extrajudicial de litígios de consumo, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, dá-se, segundo João Pedroso (2001: 131), no modelo de controle partilhado assegurado por parcerias público-privadas entre o Estado central, o Estado local (as autarquias) e as organizações de consumidores e de comerciantes e/ou produtores.

Transpondo aquela tipologia para o caso português⁵⁰, o consumidor, no que toca à protecção dos seus direitos, tem ao seu alcance um conjunto de meios de defesa individuais e colectivos assegurados, na prática, ora por

⁵⁰ A exposição sobre os meios de defesa existentes ao dispor do consumidor português, segue de perto a classificação realizada por Pegado Liz (1998: 70 e ss).

entidades públicas, ora por entidades privadas, ora por parcerias público-privadas. Os meios de defesa individuais dividem-se em meios judiciais e meios extrajudiciais. Os primeiros referem-se a medidas de simplificação processual e de adaptação da estrutura judicial aos conflitos de consumo⁵¹. Constituem exemplos de meios de defesa individuais extrajudiciais a tentativa de acordo negociado directamente entre os consumidores e os produtores e/ou comerciantes e o recurso a determinadas entidades, como o Instituto do Consumidor, os Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor, o Provedor de Justiça, os Centros de Arbitragem ou as Associações de Consumidores.

Os meios de defesa colectivos podem ser de natureza judicial, administrativa ou extrajudicial. Deste leque, os meios judiciais são os mais importantes e podem assumir a forma de acções de interesse colectivo (*class action*) e acções de representação conjunta. Na lei portuguesa estão previstas a acção inibitória⁵² e a acção popular⁵³. Os meios de defesa extrajudiciais abrangem, designadamente, o direito de petição, o diálogo com os profissionais, e a arbitragem voluntária institucionalizada de conflitos de consumo. Por fim, os meios administrativos dizem respeito à actividade fiscalizadora e sancionatória assumida por determinados organismos onde é de destacar o Instituto do Consumidor (Liz: 1998: 70 e ss.).

Neste contexto, podemos afirmar que a resolução dos litígios de consumo, é composta por um conjunto de matérias para a qual o formalismo e rigidez do sistema judicial não está preparado para dar resposta. Na verdade, de acordo com Santos *et al* (1996: 30) “esta área de litigação, entre outras para as quais os tribunais ainda têm pouca preparação técnica, são integradas no desempenho judicial, na medida em que existem movimentos sociais capazes de mobilizar os tribunais, quer directamente, quer

⁵¹ É, por exemplo, o caso dos Juízos de Pequena Instância criados pela Lei n.º 24/92, de 20 de Agosto, com competência para apreciar causas cíveis a que corresponda processo especial e cuja decisão final não seja susceptível de recurso ordinário.

⁵² Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, art. 10º e 11º.

⁵³ Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

indirectamente, através da integração dos novos temas na agenda política ou através da criação de uma opinião pública a favor deles”.

Ora, no âmbito das relações e dos conflitos de consumo, o sobreendividamento ou insolvência dos consumidores, que se refere “às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas (...)” (Marques *et al.*, 2000: 2), assume uma feição particular. Na verdade, como consequência da democratização do crédito, é frequente, nos dias de hoje, a utilização das expressões *endividamento* e *sobreendividamento*. O endividamento definido como o saldo devedor de um agregado familiar, pode resultar de uma só dívida ou de mais do que uma, caso em que estaremos perante uma situação de multiendividamento, e pode gerar *incumprimento*, ou seja, situações de não pagamento atempado das prestações em dívida pelo devedor. O endividamento não constitui um problema em si mesmo, todavia passa a sê-lo quando se verifica incumprimento e ainda mais quando provoca sobreendividamento⁵⁴. Os conflitos derivados de situações de sobreendividamento são conflitos especiais que dão origem a litígios com características peculiares. Trata-se de conflitos que, se por um lado, podem ter na sua origem uma informação mal prestada ou prestada de forma enganadora ou a negligência do mutuário e/ou do mutuante, por outro lado, podem decorrer de uma situação de desemprego, de doença ou de alteração do agregado familiar, que provoca uma perda de rendimentos e gera situações graves do ponto de vista económico, mas também familiar, psicológico e social.

Nos termos da lei portuguesa de defesa do consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) não existem regras específicas destinadas a regular o sobreendividamento dos particulares. Existe, todavia, um conjunto de normas gerais de protecção do consumidor que disciplinam alguns aspectos importantes da relação de crédito subjacente, como seja o diploma relativo

⁵⁴ Para mais informações sobre o endividamento dos particulares em Portugal e na Europa cf. Marques *et al.*, 2000.

aos contratos de adesão, onde estão previstos os direitos/deveres de informação, comunicação e de boa-fé⁵⁵. Em reforço do *dever geral de informação* previsto na lei de protecção do consumidor e no regime das cláusulas contratuais gerais importa ainda destacar o Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de Agosto e o Aviso do Banco de Portugal n.º 1/95, de 17 de Fevereiro, sobre o regime do dever de informação em matéria de crédito. Estes dois diplomas surgiram com o objectivo de “estabelecer a informação mínima que as instituições de crédito devem prestar para permitir juízos comparativos e reforçar a concorrencialidade e a transparência do mercado de crédito” (...). Por outro lado, “uma vantagem adicional da revelação destes dados, consiste na obtenção, por cada cliente, de uma instituição de crédito, do seu perfil de risco actualizado, na perspectiva do financiador” (DL n.º 220/94, de 23/08).

O Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril (Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência), alterado pelo Decreto-Lei 315/98, de 20 de Outubro relativo à reestruturação financeira das empresas, estende à pessoa singular insolvente os meios de recuperação que prevê para as pessoas colectivas, isto é, admite, por iniciativa do devedor ou dos credores, a apresentação à homologação do juiz de uma proposta de renegociação do passivo. No entanto, este regime, escassas vezes aplicado, é bastante desadequado para tratar eficazmente uma situação de sobreendividamento.

Perante isto, coloca-se a questão de saber qual o meio mais eficaz para regular e dirimir os conflitos relacionados com o sobreendividamento dos particulares, ainda mais numa sociedade onde se verifica um recuo do Estado Providência, e onde a globalização e liberalização dos serviços financeiros tem provocado uma expansão acelerada do modelo americano, quer no que diz respeito ao comportamento dos serviços financeiros, quer no que se refere ao comportamento mais arriscado dos consumidores.

⁵⁵ Cf. o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho) sobre cláusulas contratuais gerais e os deveres de informação, comunicação e de boa fé.

Na verdade, o sobreendividamento deve ser encarado como um problema de cariz social, e não como uma questão judicial, o que nos leva a defender a opção por sistemas extrajudiciais, com mediação independente, resultando, assim, a necessidade de “construir outros meios que garantam a efectividade dos direitos dos consumidores e tornam a justiça mais acessível” (Santos *et al.*, 1996: 30).

Como referimos anteriormente, em Portugal não existe um sistema de tratamento das situações de sobreendividamento. Todavia, por influência de diversas iniciativas protagonizadas pela UE existe um conjunto de entidades públicas e privadas, cuja actuação fora do sistema judicial tem vindo a estabelecer uma nova forma de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, na medida em que tal actuação reforça e aprofunda “(...) o acesso à informação jurídica e à resolução de conflitos através dos meios judiciais e não judiciais, públicos e privados, formais e informais” (Pedroso, 2002: 380). Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo⁵⁶, e o diploma que regula o sistema de registo das entidades que pretendam instituir procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, através de serviços de mediação, de comissões de resolução de conflitos ou de provedores de cliente (Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de Maio) surgiram, assim, na geografia do sistema legal português como meios alternativos para a resolução de litígios de consumo.

A arbitragem de conflitos de consumo é um exemplo do impacto das iniciativas da UE no que se refere às políticas de protecção dos consumidores e da resolução de litígios de consumo em Portugal. Na verdade, a criação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo deriva, na sua maioria, de projectos-pilotos financiados pela União Europeia⁵⁷. Entre nós coexistem duas modalidades de Arbitragem: a

⁵⁶ Sobre a arbitragem e seu regime, cf. a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto e o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, que estabelece as circunstâncias em que podem ser criados centros de arbitragem, com natureza institucionalizada..

⁵⁷ Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 5 de Dezembro, o Governo português estipulou, no seu preâmbulo, que o Estado “voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que

necessária, prevista nos artigos 1525º e seguintes do Código de Processo Civil, e a *voluntária*, regulada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto. Por sua vez, a arbitragem voluntária divide-se *em institucionalizada* e *“ad-hoc”*.

Nos termos da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, podem ser objecto de resolução pelo Tribunal Arbitral, mediante convenção de arbitragem, quaisquer tipo de litígios desde que não respeitem a direitos indisponíveis, ficando excluídos os conflitos submetidos por lei especial exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária (art. 1º). Por outro lado, admite-se a possibilidade de se sujeitar a arbitragem voluntária 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.

As estruturas arbitrais podem ter um carácter especializado, assumindo, dentro destas, particular relevo os centros vocacionados para a resolução de litígios de consumo. Neste momento, existem em Portugal seis centros especializados na resolução de litígios de consumo: o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Cidade de Lisboa, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto, o Centro de Informação e Arbitragem de Braga, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e da Figueira da Foz e o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Consumo do Algarve.

Aparentemente, na área do consumo, a principal causa da reclamação é a insatisfação do consumidor. Uma vez apresentada a reclamação, o processo é constituído por três fases: a mediação, a conciliação⁵⁸ e a arbitragem.

O método seguido pelos Centros de Arbitragem é combinado, na medida em que combina os meios informais de forma sequencial.

arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa”.

⁵⁸ O termo conciliação neste domínio não equivale exactamente ao que foi por nós adoptado neste trabalho.

Efectivamente, numa primeira fase, é tentada a *mediação* do conflito pelos juristas assistentes do centro. Normalmente, no próprio dia em que é apresentada a reclamação é estabelecido contacto telefónico com o prestador dos bens ou serviços. Se através da mediação não for alcançado o acordo entre as partes, o processo é instruído, tendo em vista a realização de uma tentativa de *conciliação*. A parte reclamada é citada para contestar por escrito ou oralmente, sendo simultaneamente notificada da data da realização da conciliação. Geralmente, a tentativa de conciliação é efectuada ou pelo director do Centro ou por um jurista assistente⁵⁹. A contestação deve ser acompanhada de todos os meios de prova dos factos alegados e da indicação dos outros meios de prova que o reclamado pretenda apresentar. A parte requerida pode apresentar até um máximo de três testemunhas⁶⁰. Obtida a conciliação, é lavrada acta que será homologada pelo árbitro e que constituirá título executivo.

Se com a realização da tentativa de conciliação não se solucionar o litígio, inicia-se a fase da *arbitragem*⁶¹.

Do total de processos que foram resolvidos nos centros de arbitragem, segundo as estatísticas do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, a mediação surge como o mecanismo mais representativo⁶². Por outro lado, as estruturas arbitrais exercem também a

⁵⁹ Nos termos do art. 14º n.º 1 do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave, a tentativa de conciliação pode ser efectuada também pelo juiz-árbitro.

⁶⁰ No Centro de Arbitragem do Sector Automóvel são admitidas quatro testemunhas (cf. art. 12º n.º 3 do Regulamento do Centro).

⁶¹ Segundo João Pedroso *et al.* (2002: 317), podemos considerar que existe nos centros de arbitragem uma estrutura de funcionamento semelhante à ilustrada pela pirâmide da litigiosidade que foi identificada em Santos *et al.* (1996). Transportando a sua lógica para o modo de funcionamento dos centros de arbitragem, consideramos que na base se encontram as informações prestadas e no topo os processos findos por decisão arbitral. Num ponto intermédio situa-se a actividade de intermediação realizada por uma terceira parte, mais ou menos interveniente, ou seja, a mediação e a conciliação.

⁶² Para mais informações, cf. o estudo do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa realizado, em 2002, por João Pedroso *et al.*, sobre o "Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão".

função de informação/aconselhamento, diferenciando-se da estrutura judicial que, de um modo geral, se centra principalmente na resolução de litígios.

Assim, podemos afirmar que se não existissem estas instâncias arbitrais, que adoptaram um modelo integrado de serviço de apoio jurídico, os cidadãos poderiam não encontrar esclarecimento sobre os seus direitos, de modo a permitir uma consciencialização do litígio e a sua transformação em reclamação de tutela de um direito. Os centros de arbitragem constituem, assim, um meio facilitador do acesso ao direito e à justiça, permitindo a resolução de conflitos que, na sua maioria, nunca chegariam a tribunal, em regra, com prejuízo para o consumidor. A disseminação destes centros, bem como a crescente diversidade de áreas de actuação, designadamente no que toca à problemática do sobreendividamento dos consumidores, contribuirá para o alargamento dos instrumentos ao dispor dos cidadãos para a resolução de um conjunto de assuntos, normalmente, considerados pouco nobres para ir a tribunal ou de valor reduzido para garantir uma celeridade processual em tempo útil (Pedroso *et al.*, 2002).

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de Maio, veio por impulso da Comissão Europeia, instituir um sistema de registo voluntário⁶³, junto do Instituto do Consumidor, das entidades que pretendam instituir procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo através da mediação, de comissões de resolução de conflitos ou de provedores de cliente⁶⁴. Este diploma teve como objectivo incentivar o desenvolvimento e reforçar a confiança dos consumidores e dos profissionais, de modo a garantir a imparcialidade, a objectividade, a eficácia e a transparência da actividade de departamentos ou órgãos responsáveis pela resolução extrajudicial de conflitos de consumo⁶⁵.

⁶³ A Portaria n.º 328/2000, de 9 de Junho, aprovou o regulamento do registo das entidades que pretendem instituir procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, através da mediação, de provedores de cliente ou de comissões de resolução de conflitos.

⁶⁴ De acordo com este diploma a arbitragem não está incluída.

⁶⁵ No que toca à posição do Governo português, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28 de Dezembro, promove, determina e recomenda a resolução de litígios através de meios alternativos, como a mediação e a arbitragem.

Para além destes instrumentos, o Programa do XIV Governo Constitucional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 146/2000, de 18 de Julho, apontava, de forma inequívoca, no sentido da criação de um sistema de administração da justiça que respondesse eficazmente às necessidades da sociedade e do exercício do direito de cidadania, com particular relevância para o direito à informação e consultas jurídicas. O direito fundamental do acesso ao direito e à justiça passou a ser uma preocupação central dos governantes portugueses e, conscientes de que a reforma da justiça não se pode basear unicamente na criação de mecanismos que agilizem o funcionamento dos tribunais⁶⁶, na senda de outros países, erigiram os meios de resolução alternativa de litígios, designadamente, a mediação, a conciliação e a arbitragem, como um tipo de justiça privilegiada que intervém a montante do sistema tradicional de administração da justiça e que alia a vantagem de prevenir o litígio através da concertação das partes, com os benefícios inerentes à celeridade, credibilidade e economia, ao intervir sobre as causas e origens dos conflitos. Do mesmo passo, surgiu a ideia de lançar os Julgados de Paz, que vieram a ser regulados pela Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho. Neste contexto, o Ministério da Justiça lançou, em Junho de 2000, um inquérito público onde se questionava a institucionalização de formas alternativas à disputa judicial, e se propunha a designação comum de *RAL* (*Resolução Alternativa de Litígios*). De um total de 623 inquéritos resultou um *Documento sobre as Notas Conclusivas sobre os Questionários dos RAL*, cujas conclusões mais relevantes passamos a enunciar:

- 88% das pessoas inquiridas afirmaram já ter ouvido falar de modalidades e meios preventivos ou alternativos aos tribunais de justa composição e resolução de litígios, sendo que 80% tem ideia do que são esses meios, todavia, 74% das pessoas refere nunca ter participado em alguma solução alternativa de litígios;
- 96% dos inquiridos entende que a divulgação e promoção dos RAL pode ter utilidade e interesse geral, enumerando pela

⁶⁶ Sobre a reforma da justiça, cf. *supra* Capítulo I.

seguinte ordem de importância os modelos susceptíveis de maior aceitação: arbitragem, conciliação, mediação, negociação e outros;

- 67% das pessoas defende que o Estado deve ser o responsável pela criação e manutenção dos centros de arbitragem, de mediação, de conciliação e de outras modalidades de RAL, e 33% defenderam que o Estado deve tão só apoiar estes centros;
- no que toca ao domínio de aplicação dos RAL foram apontados, pela seguinte ordem, os litígios derivados das relações de vizinhança; de contratos de seguro; de compra e venda de móveis; de responsabilidade civil, incluindo os sinistros automóveis; de propriedade horizontal; de relações de crédito e de dívida; de compra e venda de bens imóveis; de arrendamento e aluguer; de contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais; de relações familiares; de transportes de pessoas e de mercadorias; e outros;
- 73% dos inquiridos defende a introdução pontual da obrigatoriedade de recurso prévio a estes mecanismos antes do recurso à via judicial, e do universo daqueles que são de opinião contrária, 61% consideraram que é mais adequado a redução de custas do processo judicial, quando se tenha previamente recorrido aos RAL;
- 91% entende que o regime de apoio judiciário em todas as suas modalidades se deve aplicar no âmbito dos RAL;
- 90% considera que da actuação concreta dos RAL deve resultar um veredicto com força vinculativa geral semelhante ao de uma sentença judicial;
- nos casos em que se recuse qualquer carácter vinculativo e de cumprimento obrigatório do veredicto emitido no contexto de intervenção de uma modalidade de RAL, 89% das pessoas defende que o resultado ou toda a documentação recolhida

deverá ser apresentada junto das instâncias judiciais, no caso de a contenda seguir para a via judicial.

No cumprimento dos objectivos acima referidos foi criada a Direcção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), cuja lei orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de Março de 2001. As suas atribuições (art. 2º) consistem, entre outras, na promoção e apoio à criação, divulgação e funcionamento dos meios extrajudiciais de composição de litígios, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem, e no apoio às entidades que intervenham nas áreas do acesso ao direito e aos tribunais e na resolução extrajudicial de litígios. A DGAE é composta por várias divisões, onde podemos destacar a Direcção de Serviços para a Resolução Alternativa de Litígios (DSRAL)⁶⁷ cujas competências são, nomeadamente, o apoio técnico e normativo às entidades que intervenham na composição extrajudicial de litígios, bem como, o apoio à criação de centros de mediação, tribunais arbitrais e julgados de paz, e a instrução e informação dos pedidos de criação de centros de arbitragem institucionalizados. Por sua vez, a DSRAL compreende a Divisão da Mediação, Conciliação e Arbitragem e a Divisão para a promoção dos Julgados de Paz.

Mais recentemente (2001), criada através de um protocolo celebrado entre o Instituto do Consumidor (IC) e a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 6 de Março de 2001, a UMAC – Unidade de Mediação e Acompanhamento de Conflitos de Consumo – surgiu com o principal objectivo de fazer a mediação de conflitos originados por reclamações apresentadas por consumidores no IC que este não encaminhe para outras estruturas especializadas (competência residual). Por outro lado, a UMAC tem como funções o tratamento estatístico e o estudo analítico das reclamações de consumidores apresentadas no IC. Nos termos do art. 5º do Regulamento da UMAC, esta unidade é coordenada por um professor da FDUNL, coadjuvado por um acessor, licenciado em direito, e por

⁶⁷ Cf. artigos 9º, alínea b) e 11º do Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de Março.

mediadores, licenciados ou estudantes do curso da FDUNL, com formação na área do direito do consumo.

Desta feita, podemos afirmar que, seja através da prestação de informação jurídica, da negociação, da conciliação, da mediação ou da arbitragem, a actividade de algumas entidades, de natureza pública e privada, contribui de forma bastante relevante para a resolução extrajudicial de litígios de consumo, e que, por isso será de ponderar a sua contribuição para a resolução dos litígios derivados de situações de sobreendividamento.

Partindo da premissa de que a resolução extrajudicial através da mediação dos litígios derivados do sobreendividamento é a melhor opção, analisaremos de seguida a actividade de alguns organismos onde existe mediação na área dos conflitos de consumo e se começa a exercer a mediação aplicada a casos de sobreendividamento (DECO e CIAC). Os recém-criados Julgados de Paz, devido às suas características específicas e autonomização legal, serão objecto de análise separada.

3.2 A experiência de mediação do sobreendividamento da DECO e dos Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor

No contexto de uma política de defesa do consumidor, o Instituto do Consumidor (IC) presta apoio aos consumidores individuais, designadamente através da prestação de informações, recepção e encaminhamento de reclamações, disponibilizando ao público em geral um centro de documentação. Desde 2001 que o atendimento de reclamações e a mediação de conflitos entre particulares (entre o consumidor e o profissional) só é levada a cabo pelo IC naqueles casos em que “não existam estruturas vocacionadas para a mediação e/ou arbitragem competentes para apreciar o conflito apresentado” (Instituto do Consumidor, 2002: 4). Assim, as reclamações recepcionadas por este instituto são normalmente encaminhadas para os Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor (CIAC), para a UMAC, para os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, para o Centro de Arbitragem do Sector Automóvel

(CASA), para o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem dos Seguros Automóvel (CIMASA) e para a DECO.

Por isso, a mediação dos casos de sobreendividamento em Portugal é essencialmente realizada pela DECO, ainda numa fase experimental, e em alguns casos pelos CIAC.

3.2.1 A Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor - DECO

As associações de defesa dos consumidores têm um papel muito importante no acesso ao direito e à justiça. A sua actividade é ainda mais importante se tivermos em consideração que, em regra, os litígios de consumo, em particular os de valor mais reduzido, dificilmente chegariam a tribunal ou a alguma instância de resolução de conflitos não judicial. A partir do momento em que começou a haver uma organização dos consumidores, e que estes começaram a participar na elaboração das políticas relativas à defesa dos consumidores, foi possível introduzir novos meios de resolução de litígios mais adaptados às especificidades dos conflitos de consumo. Deste modo, o surgimento das associações de defesa do consumidor marcou uma clivagem entre uma exclusão dos consumidores do sistema de resolução de litígios para uma fase em que estes dispõem de meios de acesso ao direito e à justiça.

A Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO – é a maior associação nesta área em Portugal, com os seus cerca de 260 mil associados. O número de reclamações recebido entre 1998 e 2001 regista um decréscimo acentuado, apenas invertido no último ano considerado. Assim, das 7.280 reclamações recebidas em 1998, chegamos às 3.862 de 2001. A maioria dos pedidos de informação é efectuada por via telefónica referindo-se, no ano de 2001, principalmente à prestação de serviços, designadamente os serviços públicos, os serviços financeiros/seguros, as vendas forçadas, o turismo e os veículos.

Verificando-se a inexistência em Portugal de qualquer modelo regulatório destinado a resolver o problema do sobreendividamento das pessoas singulares, a DECO tem procurado criar mecanismos extrajudiciais

de apoio ao consumidor sobreendividado. Assim, a partir de 2000, no âmbito do Projecto de Prevenção e Apoio ao Consumidor subsidiado pela Comissão Europeia e pelo Instituto do Consumidor foram criados Gabinetes de Apoio e Acompanhamento ao Endividado e ao Sobreendividado.

Os Gabinetes de Apoio e Acompanhamento ao Endividado e ao Sobreendividado iniciaram a sua actividade durante o ano de 2001 em Lisboa e nas várias Delegações Regionais da DECO: Porto, Coimbra, Leiria, Évora, Viana do Castelo e Faro. O objectivo principal destes gabinetes consiste na criação de instrumentos extrajudiciais de acompanhamento de consumidores sobreendividados. Para a prossecução deste objectivo, a sua actividade passa pela prestação de apoio, informação e aconselhamento a consumidores de risco e que pretendam recorrer ao crédito, e pelo acompanhamento dos consumidores que se encontrem sobreendividados, renegociando os créditos e tentando impor-lhes mecanismos de autocontrolo dos seus gastos diários. O Gabinete de Lisboa tem a função acrescida de supervisionar e coordenar os demais gabinetes, através, designadamente, da definição das estratégias de acção a adoptar⁶⁸.

A caracterização que se segue das situações de sobreendividamento, no total de 203 casos, foi feita a partir do inquérito realizado pela DECO aos consumidores que, entre Janeiro de 2000 e Janeiro de 2002, se dirigiram a essa associação, designadamente aos novos serviços de mediação. A compilação e tratamento dos dados que se irão apresentar foram realizados pelo Observatório do Endividamento dos Consumidores, a partir daqueles inquéritos. De seguida, apresentaremos o número e natureza das dívidas dos sobreendividados, a origem, as causas e o tipo de apoio que solicitaram, dados que, como foi dito anteriormente, resultam da análise aos inquéritos da DECO.

⁶⁸ Como só entraram em funcionamento em 2001, ainda não é possível analisar os dados estatísticos relativos ao seu desempenho.

Número e natureza das dívidas

A maioria dos sobreendividados tem mais de três dívidas (62,1%), encontrando-se, por isso, multiendividados.

Quadro 1
Número de dívidas

	N.º	%
Uma dívida	27	13,3
Duas dívidas	22	10,8
Três dívidas	21	10,3
Mais de três dívidas	126	62,1
NE	7	3,4
Total	203	100,0

Fonte: OEC e DECO.

As dívidas resultantes do crédito ao consumo predominam claramente em relação às do crédito à habitação, o que ilustra bem que a casa é algo que se tenta conservar a todo o custo. Dentro das dívidas de consumo, surgem aquelas para as quais o crédito é mais frequente: aquisição de automóvel, despesas relacionadas com a habitação e cartão de crédito. Nota saliente, é o facto de o cartão de crédito e outro crédito pessoal não especificado assumirem a liderança dos créditos em incumprimento nos inquéritos analisados, o que pode indiciar uma aproximação ainda maior aos padrões de consumo e endividamento de outras economias mais desenvolvidas, como por exemplo, a norte-americana, onde o chamado crédito *revolving* tem registado um crescimento exponencial.

Quadro 2
Origem das dívidas

		N.º	%
Dívidas de Crédito	Crédito à habitação	99	20,1
	Crédito para aquisição de automóvel	79	16,1
	Crédito para compra de electrodomésticos	34	6,9
	Crédito para compra de mobiliário	41	8,3
	Crédito para obras em casa	63	12,8
	Cartões de crédito/crédito pessoal	115	23,4
	Crédito para outro tipo de bens	51	10,4
	NE	10	2,0
	Total	492	100,0
Serviços básicos	Renda de casa	44	20,6
	Electricidade	45	21,0
	Água	38	17,7
	Telefone fixo	45	21,0
	Telefone móvel	38	17,8
	NE	4	1,9
	Total	214	100,0

Fonte: OEC e DECO.

Causas do sobreendividamento

O principal motivo que levou as pessoas a deixar de pagar ou a estarem na eminência de o fazer foi a insuficiência de rendimentos (33,7%). Esta compreende a insuficiência de rendimentos propriamente dita, os salários em atraso e a frustração na obtenção de melhores salários. Em segundo lugar, surgem os problemas de saúde (18,2%), seguido dos casos de desemprego, englobando o desemprego das pessoas que pedem apoio, do cônjuge ou de ambos (14,6%). Assumem também alguma importância, as situações onde ocorre uma alteração no agregado familiar (sobretudo por divórcio ou morte) o que origina uma quebra nas fontes de rendimento (12,8%). Vemos, assim, que a escassez de rendimentos aliada à

instabilidade no emprego e à doença constituem os elementos perturbadores do cumprimento regular dos compromissos financeiros das famílias.

Quadro 3
Origem das dívidas

	N.º	%
Desemprego	49	14,6
Insuficiência de rendimento	113	33,7
Má gestão do orçamento familiar	27	8,1
Problemas de saúde	61	18,2
Alteração do agregado familiar	43	12,8
Despesas com a educação	29	8,7
Outras causas	4	1,2
NE	9	2,69
Total	335	100,0

Fonte: OEC e DECO

Apoio concedido

Na maioria dos casos analisados, a DECO prestou aconselhamento e simultaneamente agiu como mediador junto das entidades credoras, tendo conseguindo quase sempre, a obtenção de um acordo. Contudo, não é possível saber se a partir dele o devedor conseguiu pagar regularmente as suas dívidas. De qualquer modo, é importante realçar a utilidade deste tipo de intervenção, a qual permite, sem grandes custos, obter resultados em tempo útil.

Quadro 4
Apoio concedido

	N.º	%
Aconselhamento	23	11,3
Mediação	35	17,2
Reencaminhamento para outra entidade	4	2,0
Aconselhamento e Mediação	65	32,0
Aconselhamento e Reencaminhamento para outra entidade	1	0,5
Aconselhamento/Mediação/Reencaminhamento para outra entidade	3	1,5
NE	72	35,5
Total	203	100,0

Fonte: OEC e DECO

Os dados obtidos a partir do inquérito da DECO, permitem-nos concluir que as dívidas são maioritariamente dívidas de crédito. Os serviços básicos não apresentam, nos processos recolhidos, um peso significativo.

Verifica-se, por outro lado, uma esmagadora presença do multiendividamento associado a mais de três dívidas, em contraste com a ausência, quase absoluta, de situações onde apenas existe um compromisso de crédito. Por fim, resta dizer que o tipo de apoio mais prestado foi o aconselhamento e simultaneamente a mediação exercida junto das entidades credoras.

O modelo de mediação dos Gabinetes de Apoio e Acompanhamento do Endividado e do Sobreendividado

O procedimento levado a cabo por estes gabinetes da DECO inicia-se com a apresentação da reclamação do consumidor junto da secretaria. Após a identificação do problema, o consumidor é encaminhado para o Gabinete de Apoio e Acompanhamento ao Endividado e ao Sobreendividado, composto por técnicos que deverão possuir formação na área da mediação e do sobreendividamento dos particulares.

A sessão, de natureza totalmente informal, começa pela apresentação do técnico, dos consumidores, da situação que os levou a procurar aquele serviço e pelo preenchimento de um inquérito, com valor meramente

informativo, elaborado pelos serviços centrais. Logo de seguida, o técnico expõe, em consonância com o tipo de questão apresentada, os mecanismos existentes para tentar realizar a mediação. Normalmente, as questões levantadas estão relacionadas com o incumprimento contínuo de algumas ou mesmo várias prestações de crédito, muitas das vezes provenientes da celebração de vários contratos de crédito⁶⁹⁷⁰. Perante a situação concreta, o técnico estuda os documentos apresentados e em conjunto com o consumidor elabora um plano de pagamentos e a proposta a apresentar às respectivas instituições financeiras. Esta proposta poderá consistir no pedido de um período de carência, na negociação das taxas de juro e dos *spreads* ou mesmo na renegociação total do crédito.

O primeiro contacto com as instituições financeiras directamente envolvidas deverá ser feito pelo próprio consumidor que as deverá prevenir da possibilidade de incumprimento, fundamentado na absoluta incapacidade de fazer face aos seus compromissos de crédito. Acontece, porém, que na maioria dos casos, a situação é de tal forma grave, que o consumidor já foi, por diversas vezes, notificado pelas próprias instituições da falta de pagamento de algumas prestações ou mesmo do envio do seu processo para contencioso. Assim, nesta fase, normalmente é o técnico que procede ao contacto com a instituição promovendo a mediação, que se faz primeiro via telefónica e depois, com um objectivo de formalização, por escrito.

A recepção ao contacto feito pelos técnicos da DECO é, de forma geral, bastante positiva. Na verdade, as propostas efectuadas são geralmente aceites e mesmo que não o sejam na íntegra, são-no parcialmente. Ficando registadas por escrito as propostas aceites por ambas as partes, cumprirá ao consumidor respeitar pontualmente os compromissos assumidos.

Como se pode constatar, as situações de sobreendividamento estão normalmente associadas a questões bastante melindrosas do ponto de vista

⁶⁹ Na expressão “contratos de crédito” estão incluídos os contratos de concessão de crédito pessoal, para consumo, para habitação e ainda os cartões de crédito.

⁷⁰ Na maioria dos casos, o número de contratos de crédito de que o consumidor é mutuário é superior a três.

social e psicológico. A experiência do Gabinete de Apoio e Acompanhamento do Endividado e do Sobreendividado da DECO traduz-se numa opção bastante válida, na medida em que, o acompanhamento personalizado de situações difíceis complementado pela mediação junto das instituições financeiras, tem vindo a produzir resultados bastante positivos. Para os devedores, afasta-se o carácter estigmatizante de um processo “em praça pública”, como é o judicial. Para os credores a mediação traduz-se na recuperação, mediante um plano de pagamentos, de créditos considerados de outra forma irrecuperáveis. Por outro lado, do ponto de vista da sociedade, a vantagem mais visível traduz-se na poupança noutros domínios da despesa pública, como a segurança social, a habitação ou a justiça.

3.2.2 Os Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor

Os Centros de Informação Autárquica ao Consumidor são, actualmente, 54, distribuídos pelo território nacional. A criação destes organismos teve na sua génese a necessidade de descentralizar a defesa do consumidor, que foi protagonizada por um projecto desenvolvido pelo IC⁷¹.

Com efeito, tanto a primeira Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto), como a lei actual (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) atribuem às Autarquias Locais a missão de desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através da criação de serviços municipais de informação ao consumidor. Apesar da ausência de previsão legal no que respeita às atribuições das Autarquias Locais neste domínio e da ausência de um instrumento legal que estabeleça o estatuto dos CIAC, o Projecto de “Descentralização da actividade de defesa do consumidor define os CIAC como “centros autárquicos ou postos municipais onde o consumidor se dirige a pedir informações ou apresentar reclamações no âmbito do consumo privado, promove acções de sensibilização e de divulgação sobre a protecção do consumidor”.

⁷¹ Cf. Projecto de “Descentralização da actividade de defesa do consumidor”.

Com a criação destes centros foi também criada a carreira de conselheiros de consumo⁷², através do Decreto-Regulamentar n.º 27/97, de 18 de Junho, cuja missão consiste na transmissão de informações aos cidadãos sobre questões de consumo, designadamente dos meios de defesa e de acesso ao direito e à justiça, bem como na promoção de acções de educação aos consumidores. A criação da carreira de conselheiros de consumo, de acordo com o preâmbulo do diploma que lhes deu origem, “manifesta a vontade por parte dos municípios de proceder à abertura de novos CIAC (...), considerando a necessidade de garantir a dignificação e especialização dos funcionários autárquicos que, nas autarquias, assegurem estes serviços”.

Estas estruturas efectuam um serviço jurídico complementar bastante importante no que respeita à prestação de informação e consulta jurídica aos cidadãos, contribuindo para a melhoria do acesso ao direito e à justiça, sendo que poderiam ser aproveitadas, após a redefinição das suas competências, para servirem de suporte institucional à realização da mediação no domínio da insolvência dos particulares (Frade, 2001: 19). No entanto, no que diz respeito à resolução de litígios derivados deste tipo de situações, salvo algumas excepções pontuais, acrescem às dificuldades inerentes ao tratamento, a falta de formação dos técnicos. Será, então, necessário criar um programa específico destinado aos técnicos dos CIAC, com o objectivo de lhes proporcionar formação adequada relativamente às questões do sobreendividamento e aos meios mais adequados à sua resolução, como seja a mediação extrajudicial.

3.3 A possibilidade de expandir as instâncias de mediação do sobreendividamento : o caso dos julgados de paz

Em 22 de Janeiro de 2002, o Jornal Público anunciava o renascer de “uma figura bem antiga no direito português”, para se referir aos Julgados de

⁷² Inicialmente os conselheiros de consumo eram funcionários das Câmaras Municipais, geralmente oriundos da área do turismo, que recebiam informação por parte do IC. Com o Decreto-Regulamentar n.º 27/97, de 18 de Junho foi reconhecida legalmente a carreira de “conselheiros de consumo”.

Paz. Com efeito, a origem desta figura remonta a tempos remotos e já no art. 40º do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 constava a obrigação de toda questão ou demanda ser levada ao conhecimento de um *Juízo de Paz ou de Conciliação*, antes de ser levada a um Juízo de 1ª instância. A sua função residia na conciliação das partes através da equidade. Desde o seu surgimento, passando pela sua consagração expressa actual no art. 209º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (revisão de 1997), até à Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, longo foi o caminho percorrido por estes tribunais.

O ressurgimento desta figura deve-se a uma iniciativa de deputados do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português que apresentou na Assembleia da República, em 20 de Janeiro de 2000, os Projectos Lei n.º 82/VIII e n.º 83/VIII, onde se previa a alteração da Lei de Organização dos Tribunais Judiciais (LOTJ) no sentido de se consagrar a existência, competência, organização e funcionamento dos Julgados de Paz. Estes Projectos de Lei viriam, mais tarde, a dar lugar à Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

Em Portugal, os Julgados de Paz assumem características algo diferentes de outros países, designadamente no que toca à introdução da *mediação* como fase do processo. Segundo os actores envolvidos na regulamentação desta figura, a mediação tem a vantagem de devolver aos cidadãos “a possibilidade de conduzirem os seus processos litigiosos, cabendo-lhes apenas a si a escolha de uma solução, consubstanciada num acordo que se obrigam a cumprir” (Ribeiro, 2002: 33). Assim, o que se procurou com a introdução dos Julgados de Paz foi dar aos cidadãos a possibilidade de resolver um litígio de uma forma informal e próxima, mais eficaz e célere e menos dispendiosa, vindo, assim, reforçar a cultura dos meios alternativos de resolução de litígios.

Nos termos do diploma que procedeu à sua criação, os Julgados de Paz têm a sua competência territorial circunscrita às freguesias ou concelhos para que são exclusivamente criados. Aquando da sua introdução no ordenamento jurídico português foram criados, a título experimental, os

Julgados de Paz de Lisboa, Seixal, Oliveira do Bairro e Vila Nova de Gaia. Relativamente à sua competência em razão do objecto, ela é exclusiva em relação a acções declarativas e, em razão do valor, estes tribunais não podem conhecer questões cujo valor exceda a alçada do tribunal de 1ª instância⁷³. Nos termos do art. 9º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, os Julgados de Paz são competentes para apreciar uma série de questões, designadamente, aquelas relativas aos direitos de propriedade, às relações de condomínio e de arrendamento, e a algumas relações contratuais.

A tramitação processual dentro dos Julgados de Paz inicia-se com a apresentação do requerimento na secretaria, onde o funcionário que recepciona tal requerimento faz o primeiro atendimento. Neste momento, as partes são informadas da existência de um Serviço de Mediação, que tem por objectivo “estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes” (art. 16º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho). Note-se que este serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios⁷⁴ ainda que estes se encontrem excluídos da competência do julgador de paz.. Se da mediação resultar um acordo entre as partes, este será homologado pelo Juiz de Paz e terá valor de sentença. Nos casos em que a mediação for recusada, ou quando não haja lugar a acordo, o processo seguirá para audiência, onde o Juiz de Paz ouvirá as partes⁷⁵ e onde, de acordo com a sua natureza, promoverá a conciliação. Relativamente ao Juiz de Paz, não se pretende que ele se restrinja à aplicação do direito e à reposição da legalidade, mas sobretudo que ele apreenda e compreenda a realidade que se coloca perante si e que utilize uma linguagem simples e acessível às partes, tudo numa tentativa de reconciliação dos cidadãos com o direito (Ribeiro, 2002: 36).

⁷³ Neste momento discute-se a ampliação da sua competência em razão do valor.

⁷⁴ Com excepção dos direitos indisponíveis.

⁷⁵ As partes neste procedimento não têm forçosamente que constituir mandatário, ficando na sua disponibilidade a sua constituição.

Apesar do art. 5º da lei em apreço prever o pagamento de custas, estas são bastante inferiores às custas judiciais normais, sendo admitido o apoio judiciário.

No que diz respeito à mediação há ainda a referir que o recurso ao serviço é de acesso livre a qualquer cidadão e que a ele pode ser submetido qualquer tipo de litígio, com excepção dos casos relativos a direitos indisponíveis. Quanto à figura do mediador, é exigido o requisito da idade superior a 25 anos, uma licenciatura na área das ciências sociais, e a frequência de um curso de mediação reconhecido pelo Ministério da Justiça. Nos termos do art. 34º, o mediador é independente dos Julgados de Paz, isto é, presta serviços mas não faz parte deles, sendo que a sua remuneração estará dependente do número de processos em que intervir e, a sua actividade será fiscalizada por uma Comissão independente.

Este serviço existe, portanto, independentemente da existência de um processo, disponibilizando-se, assim, mais uma forma de resolver os litígios de forma amigável.

Na verdade, segundo as estatísticas elaboradas pela DGAE (Figura 3), no período compreendido entre o início do funcionamento dos Julgados de Paz e 31 de Agosto de 2002, de um total de 185 processos findos, 59 findaram através da mediação, o que corresponde a 35% do total. De entre os quatro Julgados de Paz, destaca-se o de Oliveira do Bairro que, para o mesmo período, apresenta 58% de processos findos através da mediação. O recurso e a utilidade ao mecanismo da mediação é um aspecto de extrema de importância, na medida deve encarar como válida a possibilidade de este serviço de mediação vir a tratar casos de sobreendividamento. Assim, este tipo de situações precárias e sempre delicadas poderão beneficiar desta “modalidade de resolução alternativa de litígios informal, confidencial, voluntária e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um

mediador a encontrarem, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe” (Ribeiro, 2002: 38).

A experiência dos Julgados de Paz foi avaliada pelo Conselho de Acompanhamento de Criação e Instalação dos Julgados de Paz composto por entidades de diferentes sectores da justiça que elaborou em 2002 um relatório que apresentou à Assembleia de República. Das suas conclusões ressalta, desde logo, a valia destes organismos, ainda que se refira o reduzido número de Julgados de Paz e seu funcionamento, a limitação geográfica e de competência. Sugere-se então naquele relatório, por um lado a criação de um maior número de Julgados de Paz, a sua descentralização e a ampliação das suas competências. No que se refere especificamente à Mediação, colocam-se algumas dúvidas relativamente ao serviço de mediação que funciona para além, e portanto, fora do Julgado de Paz. A conclusão daquele relatório é, contudo, bastante optimista e recomenda o desenvolvimento destes organismos.

Figura 3
Dados estatísticos sobre os Julgados de Paz

	Geral		Lisboa		Seixal		O. Bairro		V. N. Gaia	
	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
Total de Processos Analisados	225		82	36	59	26	34	15	50	22
Total de Processos Findos	185	82	64	78	50	85	31	91	40	80
Por Mediação	65	35	17	27	14	28	18	58	16	40
Por Julgamento	99	54	37	58	29	58	11	35	22	55
Por Outro motivo	21	11	10	16	7	14	2	6	2	5
Total de Processos em Curso	40	18	18	0	9	15	3	9	10	20
Na fase Inicial/Pré-Mediação	20	50	9	50	5	56	1	33	5	50
Na fase de Mediação	4	10	1	6	0	0	1	33	2	20
Na fase de Julgamento	16	40	8	44	4	44	1	33	3	30

Fonte: DGAE

3.4 A regulação do sobreendividamento em Portugal: duas propostas em discussão

Em Portugal, como já foi referido, não existe qualquer tipo de dispositivo legal que regule o sobreendividamento dos particulares além do Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, relativo à reestruturação financeira das empresas que, em casos específicos e bastante limitados, pode estender-se à pessoa singular insolvente.

Todavia, foram já apresentadas duas propostas que representam dois modelos regulatórios distintos. De facto, enquanto um dos modelos assenta numa base judicial, o outro baseia-se numa perspectiva extrajudicial, com mediação independente.

O processo legislativo ocorreu sob o impulso do Ministro responsável pelo pelouro dos consumidores, quando criou uma Comissão a quem encarregou da elaboração de uma proposta de Código de Consumo. Durante a apresentação para consulta da parte relativa ao tratamento do sobreendividamento, o Ministro da Justiça solicitou ao Observatório Permanente da Justiça Portuguesa um outro projecto, visto que, em seu entender, o primeiro projecto apresentado afigurava-se demasiado judicializado, o que, considerando a sobrecarga de trabalho já existente nos tribunais, era considerado preocupante.

Com efeito, a proposta apresentada pela Comissão encarregue do Código de Consumo criava um sistema assente na via judicial onde existiria um gabinete responsável pela elaboração de um plano voluntário de pagamentos a ser submetido a acordo das partes. No caso de falta de acordo sobre o plano elaborado, aquele gabinete auxiliaria o juiz na preparação de um plano judicial de pagamento. Esta proposta fundamenta a sua estrutura no processo de natureza civil clássica, o que se por um lado se traduz nos inconvenientes inerentes de excesso de formalidade e lentidão, por outro, segundo aquela Comissão, tem as vantagens da segurança jurídica, da autoridade e independência que só um processo judicial pode apresentar.

Em Julho de 2001, o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJP) apresentou um outro projecto denominado “Proposta de um modelo de resolução extrajudicial do sobreendividamento das pessoas singulares” que, tal como o seu nome indica, pretende a “criação de um sistema integrado que envolva, a título preventivo, a informação e o aconselhamento, e, a título curativo, a mediação e a arbitragem com adesão prévia pode propiciar um tipo

de resposta relativamente adequado às características da sociedade portuguesa (...)” (Frade, 2001: 14). Advirta-se, no entanto, que esta proposta ao sugerir o recurso a um expediente extrajudicial não pretende somente o alívio do sistema judicial, mas sobretudo o respeito pelos direitos dos credores e dos devedores e do exercício do seu direito de acesso à justiça.

Nos termos do projecto, a mediação, considerada o mecanismo chave para o tratamento das questões do sobreendividamento, deverá ser realizada por serviços especializados de natureza pública ou privada e devidamente reconhecidos pelo Ministério da Justiça. Daqui decorre a necessidade da institucionalização destes serviços que poderá aproveitar algumas das estruturas já existentes, com experiência em matéria de defesa dos direitos dos consumidores. Como exemplos são apontados os centros de informação autárquicos ao consumidor, os centros de arbitragem de conflitos de consumo, as associações de defesa de consumidores, ordens profissionais e até as associações ligadas ao sector financeiro.

Funcionando estes centros como um serviço de informação, aconselhamento e de mediação das situações de insolvência dos particulares, os tribunais surgem tão-só como um expediente de recurso face a um acordo amigável malgrado entre credores e devedor.

De facto, um sistema baseado numa mediação extrajudicial é tendencialmente menos burocrático, mais célere, menos dispendioso e também mais transparente, visto poder ser controlado pelas partes envolvidas na contenda, apresentando-se também menos estigmatizante do ponto de vista psico-social para o sobreendividado.

Para uma melhor percepção das diferenças existentes nas duas propostas referidas apresentaremos de seguida um quadro com a análise comparativa (Quadro 5).

De momento, a discussão das propostas está suspensa e não se sabe quando será reiniciada.

Quadro 5

Duas propostas legislativas para a regulação do sobreendividamento

Propostas	Características Principais	Vantagens	Desvantagens
<p>Proposta A</p> <p><i>Proposta pela Comissão do Código de Consumo ao Ministro com a tutela da defesa do consumidor (1ª versão – 1998; 2ª versão – 2000)</i></p>	<p>Procedimento judicial</p> <p>Decisão do tribunal é baseada num gabinete administrativo</p> <p>Perdão das dívidas após a aceitação de um plano de pagamentos</p>	<p>Segurança, independência, autoridade e força jurídicas</p>	<p>Complexidade técnica e procedimental</p> <p>Extremamente formal</p> <p>Judicialização imediata</p> <p>Morosidade</p> <p>Custas judiciais acrescidas</p> <p>Distante das partes</p> <p>Dificuldade em negociar esta proposta com os actores sociais envolvidos</p>
<p>Proposta B</p> <p><i>Proposta pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa ao Ministério da Justiça (2001)</i></p>	<p>Procedimento extrajudicial, a implementar nos serviços já existentes</p> <p>Mediação extrajudicial voluntária</p> <p>Admissibilidade de uma fase judicial como fase de recurso da mediação extrajudicial</p>	<p>Mais próxima das partes</p> <p>Célere</p> <p>Informalidade dos procedimentos</p> <p>Favorece o acordo</p> <p>Menos estigmatizante</p> <p>Maior aceitação por parte dos actores sociais envolvidos, incluindo as instituições financeiras</p> <p>Mais barata de implementar</p>	<p>Menor protecção dos direitos dos litigantes</p> <p>Menos impositiva</p> <p>Menor exigência na negociação</p> <p>Maior exigência ao nível da formação dos mediadores</p>

Fonte: Marques e Frade (2002), "Searching for an Overindebtedness Regulatory System for Portugal and European Union", in Wthiford e Ramsay org. (2002), *Comparative Bankruptcy Legal Systems*. Nova Iorque: Hart Publishing, no prelo.

Bibliografia

- BONAFE-SCHMITT, J.-P. (1992): *La médiation: une justice douce*. Paris : Syros Alternatives.
- BROWN, Henry J.; MARRIOTT, Arthur L. (1999) *ADR Principles and Practice*. Londres: Sweet & Maxwell.
- MENKEL-MEADOW, Carrie (1983): "Toward Another View of Legal Negotiation: the Structure of Problem Solving"; *UCLA Law Review*, n.º 31.
- CASTRO JR., Osvaldo Agripino (2000), *A Comparative Analysis of the ADR in U.S and Brazil and Their Impact on Social Development*, Working Paper. Miami.
- COSTA, Ana Soares *et al.* (2002), *Julgados de Paz e Mediação: um Novo Conceito de Justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- DEJEMEPPE, Pierre (1995), *La médiation des dettes*. Revista do CCCR.
- DOYLE, Margareth (2000), *Advising on ADR: The Essential Guide to Appropriate Dispute Resolution*. Londres: Advice Services Alliance.
- FAUVILLE, Anne-Françoise; PANIER, Christian (1999), «Le juge et le médiateur dans la nouvelle procédure du règlement collectif de dettes», *Journal des tribunaux*, 20 de Março.
- GALANTER, Marc (1985), "Reading the Landscape of Disputes: What we Know and Don't Know (and think we know) About our Allegedly Contentious and Litigious Society"; *Disputes Processing Research Program*. Madison.
- GALANTER, Marc (1993) "Direito em Abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte"; *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 36. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- GOLDBERG, S. B. *et al.* (1985) *Dispute Resolution*. Boston, Mass.: Little Brown.
- GROSS, Karen (1997a), *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*. New Haven and London: Yale University Press.
- HULS, Nick (1994), *Overindebtedness of Consumers in the EC Member States: Facts and Search for Solution*. Louvain-la-Neuve, Centre de Droit de la Consommation.
- LASCOUX, Jean-Louis (2001): *Pratique de la médiation* : Paris: Collection Formation Permanent.
- LIZ, Jorge Pegado (1998), *Conflitos de Consumo: uma perspectiva comunitária na defesa dos consumidores*. Lisboa: Centro de Informação Jacques Delors.
- MACKIE, Karl J.(1991), *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*. Londres: Routledge
- MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al.* (2000): *O Endividamento dos Consumidores*. Coimbra, Almedina.

PEDROSO, João; CRUZ, Cristina (2001): *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. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

PEDROSO, João *et al.* (2002): *O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais.

PEDROSO, João *et al.* (2001): *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* (1996) *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento.

SILVA; Calvão da (1990), *Responsabilidade civil do produtor*. Colecção teses. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS-SOUSA, José (2002), *O que é Mediação*. Lisboa: Quimera.