



Ana Clara Heeren

Condicionantes Empresariais da Resolução
Alternativa de Litígios

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais
Sob Orientação da Professora Doutora Mariana França Gouveia

Novembro 2015

Modo de citar

No texto, as obras são citadas em nota de rodapé, por referência ao nome completo do autor, título, ano da edição consultada e página.

Na bibliografia final, as obras são elencadas por ordem alfabética do último apelido do autor, respeitando-se nos casos em que há mais autores a ordem pela qual aparecem na obra. Os autores espanhóis são citados pelo seu penúltimo apelido.

ÍNDICE

I - INTRODUÇÃO	5
II - OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS	8
1. Introdução	8
2. A Arbitragem	9
2.1. <i>A Arbitragem institucionalizada e a Arbitragem ad hoc</i>	16
3. Meios de resolução de litígios com vista à obtenção do acordo	22
3.1. <i>A Negociação</i>	23
3.2. <i>A Mediação</i>	25
3.3. <i>A Conciliação (Não Judicial)</i>	31
3.4. <i>Vantagens e desvantagens</i>	35
4. A Escolha do método mais apropriado.....	37
III – A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS EM EMPRESAS INTERNACIONAIS	40
1. A crescente complexidade dos conflitos.....	40
2. A crise dos sistemas judiciais.....	45
3. A estratégia jurídica de uma empresa específica.....	52
3.1. <i>A resolução de conflitos através do contrato</i>	53
3.2. <i>Qualificação de meios alternativos de resolução de litígios na empresa em estudo.</i>	54
IV – DISCUSSÃO SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS	61
1. Desvantagens referidas pela empresa à utilização dos meios alternativos de Litígios: .	61
1.1. <i>O problema da redação de cláusulas arbitrais</i>	61
1.2. <i>A crescente complexidade das relações contratuais</i>	67
1.3. <i>Os elevados honorários dos árbitros</i>	70
1.4. <i>A Arbitragem por equidade e a irrecorribilidade das sentenças arbitrais</i>	72
1.5. <i>Reduzido número de ações judiciais em Tribunal</i>	73
2. Crítica à posição adotada pela empresa: Vantagens empresariais sobre a utilização dos meios de Resolução Alternativa de Litígios (Análise do Caso IBM vs. Fujitsu).....	73
2.1. <i>A seleção dos árbitros no caso em estudo:</i>	76
2.2. <i>Processos flexíveis:</i>	76
2.3. <i>Confidencialidade:</i>	77
2.4. <i>Celeridade</i>	77
2.5. <i>Custos</i>	78

2.6. <i>Outras considerações</i>	78
V – CONCLUSÃO	80
BIBLIOGRAFIA	86

I - INTRODUÇÃO

Centrado na temática atual e progressiva e reconhecendo o profundo desenvolvimento da Resolução Alternativa de Litígios nos últimos anos, esta dissertação visa analisar a relação existente entre o desenvolvimento destas novas metodologias e a sua utilização numa empresa internacional.

O assunto aqui tratado gira ao redor de um tópico fundamental - o do acesso à Justiça, qualificado pelo acesso ao Direito, numa empresa internacional, onde gravitam questões referentes às buscas de alternativas às grandes crises que o afetam.

A crescente complexidade dos conflitos, associada à referente crise dos sistemas judiciais, serve de palco para o crescimento da Resolução Alternativa de Litígios na sociedade internacional como resposta imediata à perda generalizada da qualidade de Justiça.

Repare-se que, atualmente, os tribunais não conseguem dar respostas satisfatórias e dentro de prazos razoáveis. Refere Eduardo Maia Costa que *“Os acontecimentos do último ano levaram à formação de um, pelo menos aparente, consenso nacional em torno de uma crise da justiça e da necessidade da sua reforma (alguns, com veia mais dramática, falam mesmo em necessidade de “refundação”).”*¹

Há uma abertura para um novo caminho pela introdução de uma oferta que quebre o monolitismo e a rigidez dos sistemas judiciais tradicionais, que simplifique o Direito, de forma a não necessitar de grandes debates e grandes perícias que encarecem e prolongam demasiadamente os processos.²

Esta nova oferta caracteriza-se, justamente, pela pluralidade de meios e multiplicidade de soluções encontradas na Resolução Alternativa de Litígios, que, não tendo uma tipologia fechada, pode-se efetivar em algumas formas de acordo ou decisões totalmente inéditas e inovadoras.

¹ Eduardo Maia Costa, *Algumas propostas para repensar o sistema judiciário português*, in Revista do Ministério Público, nº 80, p. 55 (Out-Dez.1999)

² José Luís Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!* P.95,

Peter Wallensteen apresenta-nos uma conceção para resolução de conflitos, em que a define como “ (...) a adoção de medidas tendentes a resolver o cerne da incompatibilidade que esteve na origem do conflito, incluindo as tentativas de levar as partes a se aceitarem mutuamente...”³

O estudo internacional destes novos mecanismos ilustra as diversidades e incertezas da sociedade internacional contemporânea - a jurídica, a comercial e a cultural - proporcionando um meio altamente sofisticado e eficaz de lidar com essas complexidades.⁴

A Resolução Alternativa de Litígios ganha assim um papel primordial, promovendo soluções rápidas e eficientes que se concretizam num ambiente de discussão flexível, especializado e informal, dispensando boa parte da burocracia do processo judicial.

Esta nova sistematização tem conquistado espaço, sendo cada vez mais conhecida pelos práticos do Direito. Porém, ainda é pouco explorada do ponto de vista empresarial.

Pretende-se assim, com esta dissertação, elaborar um estudo centrado nas atividades comerciais internacionais que ilustre a perspetiva crítica das empresas quanto à utilização desta metodologia, além de revelar as barreiras com que estas entidades se deparam quando recorrem à mesma.

Com efeito, o principal objetivo da presente dissertação é clarificar o papel da Resolução Alternativa de Litígios no âmbito empresarial, e fornecer um entendimento otimizado no que diz respeito à disposição e utilização dos diversos meios.

³ Peter Wallensteen, *Understanding Conflict Resolution, War, Peace and the Global System*, New Delhi, SAGE Publication, ISBN 0-7619-6667-6. 2004

“We can preliminarily define conflict resolution as a situation where the conflicting parties enter into an agreement that solves their central incompatibilities, accept each other’s continued existence as parties and cease all violent action against each other.”

⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 6 - 224

À luz de um sistema que peca na vertente facilitadora da resolução de litígios internacionais parece-me pertinente explorar um caminho alternativo que desafie o léxico jurídico tradicional⁵.

⁵ José Luís Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!* P.99,

II - OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

1. Introdução

Os meios de Resolução Alternativa de Litígios, tradução livre da designação inglesa Alternative Dispute Resolution, são amplamente definidos como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais.⁶

A possuir uma tipologia flexível, muitos são os meios que se enquadram nesta descrição e, sendo propositadamente a ampla definição, facilita a introdução de métodos por vezes sem exata correspondência terminológica ou conceptual.

A necessidade de adoção de medidas tendentes a resolver a origem da incompatibilidade, põe em foco a Resolução Alternativa de Litígios, exatamente por esta promover iniciativas construtivas de reconciliação, incluindo uma perspetiva de integração social, reduzindo tensões, criando solidariedades através da participação dos cidadãos e promovendo o seu acesso ao direito e à justiça. A justiça real tende, assim, a ocupar o lugar predominante na resolução de litígios privados.⁷

A própria Carta das Nações Unidas⁸ enquadra e incentiva a aplicação de meios alternativos de litígios como instrumentos de promoção da paz. Estabelece o artigo 2º da presente Carta que *“Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais*

⁶ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª Ed, Almedina, P.15

⁷ Armino Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito
Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

⁸ O texto da Carta das Nações Unidas foi publicado no Diário da República I Série A, n.º 117/91, mediante o aviso n.º 66/91, de 22 de Maio de 1991.

Aceitação por Portugal das obrigações constantes da Carta: Portugal foi admitido como membro das Nações Unidas em sessão especial da Assembleia Geral realizada a 14 de Dezembro de 1955, no âmbito de um acordo entre os EUA e a então União Soviética (resolução 995 (X) da Assembleia Geral). A declaração de aceitação por Portugal das obrigações constantes da Carta foi depositada junto do Secretário-Geral a 21 de Fevereiro de 1956 (registo n.º 3155), estando publicada na United Nations Treaty Series, vol. 229, página 3, de 1958.

Carta das Nações Unidas, disponível online (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/onu-carta.html>.)

por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais". E ainda complementa no seu artigo 33º que "As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por Negociação, inquérito, Mediação, Conciliação, Arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha".

Os métodos que servirão de base para este estudo são, em regra, voluntários, estando incluídos nesta definição a Arbitragem Voluntária, a Mediação, a Negociação e a Conciliação não judicial⁹. A Conciliação judicial não será enquadrada nesta definição por ser conduzida no âmbito de um processo judicial e, da mesma forma, não o serão os Julgados de Paz, ainda que a sua natureza seja, atualmente, considerada alternativa e não obrigatória.¹⁰

2. A Arbitragem

A Arbitragem diferencia-se dos restantes meios de resolução alternativa de litígios por ser adjudicatória, na medida em que a decisão é vinculativa e confiada a um terceiro¹¹.

⁹ Cabe referir que existem, no entanto Meios Alternativos de Litígios obrigatórios, como a arbitragem necessária imposta por lei que não serão tidos em consideração. "No entanto, ainda dentro dos meios de resolução alternativa de litígios podemos encontrar meios obrigatórios. Desde logo a arbitragem necessária, imposta por lei."

Mariana França Gouveia, *Curso De Resolução Alternativa De Litígios*, 2011, FDUNL Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_11846.doc

¹⁰ "Em segundo lugar, os Julgados de Paz, se entendermos que a sua jurisdição não está na disponibilidade do autor. Conforme se verá à frente, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu, em Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 24 de Maio de 2007, que a competência dos Julgados de Paz é alternativa, estando na disponibilidade do autor a opção entre estes tribunais ou os tribunais judiciais. Se se optar por este entendimento, os Julgados de Paz serão um meio voluntário de resolução de litígios."

Mariana França Gouveia, *Curso De Resolução Alternativa De Litígios*, 3ªEd, Almedina, p.19

¹¹ Mariana França Gouveia, *Resolução Alternativa De Litígios (Negociação, Mediação, Arbitragem, Julgados de Paz)*, Relatório FDUNL, 2008

Tem este instituto uma tradição já bastante antiga, encontrando-se provas de arbitragens já entre povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-Estado.¹²

Em Portugal, a influência da ideologia revolucionária sobre o instituto da Arbitragem voluntária teve eco nas Constituições do século XIX, sendo caracterizada como “uma poderosa força de aperfeiçoamento do processo judicial”.¹³

A arbitragem surge maioritariamente como resposta às questões específicas de comércio, e assume grande importância no âmbito internacional¹⁴ onde pode evitar o encargo do conflito a jurisdições estrangeiras. Começam, por isso, a aparecer no final do Século XIX e, sobretudo, nas primeiras décadas do Século XX, instituições comerciais que organizam, de forma profissional e remunerada, arbitragens para resolver litígios entre comerciantes de diferentes nacionalidades.

I- De um ponto de vista histórico, é muito antiga a instituição de soluções arbitrais para resolver litígios de direito privado: questões de execução ou inexecução de contratos e até de propriedade sobre bens. Muitas vezes, por consenso, os litigantes entregavam a resolução do seu caso a um vizinho experiente ou a um homem de grande reputação.

Muitas leis de processo civil oitocentistas preveem e regulam a chamada arbitragem voluntária, forma alternativa e residual de resolução de litígios caracterizada pela existência de um acordo das partes, vulgarmente designado como compromisso, de submeter a um terceiro, em quem confiam, a solução da controvérsia, comprometendo-se a respeitar a decisão deste ().

Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

¹² José Luís Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!* p.176

¹³ Armindo Ribeiro Mendes, *A Arbitragem e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício, 1^ª Ed, 2014 p. 233-268

¹⁴ Cabe referir, quanto à internacionalidade das questões, refere Vicente Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional.*:

Quanto à internacionalidade, relevante será que o contrato apresente uma conexão forte com interesses do comércio internacional, adaptando-se um critério exclusivamente económico, “na dúvida, porém, (...) valerão (...) elementos de conexão próprios do direito internacional privado na situação concreta [nacionalidade, residência, lugar da ocorrência dos factos ou efeitos jurídicas...]”.

Já Poudret, Jean-François e Sébastien Besson (*Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxelles, Bruylant, 2002) referem o critério de distinção defendido pela jurisprudência francesa que define a internacionalidade por um critério económico, onde será internacional o contrato que ponha em jogo os interesses do comércio internacional. Já o critério de distinção suíço, apoia-se num critério subjetivo do domicílio das partes e não no objeto da disputa, e é tido como um método preciso e simples de distinguir disputas internacionais das domésticas.

Pode dizer-se que, durante a primeira metade do Século XX, a Arbitragem voluntária torna-se um método normal de resolução de litígios do comércio internacional, inicia-se a utilização do termo Arbitragem Comercial Internacional¹⁵, destacando-se a categoria, mais restrita, de Arbitragem comercial¹⁶ e é neste contexto mercantil que o instituto tem assumido maior relevo.

Atualmente define-se como “Um método de resolução de litígios que envolve terceiros neutros acordados pelas partes litigantes e onde a decisão é de carácter obrigatório”¹⁷, aproximando-se do padrão judicial tradicional¹⁸.

Há mais de 20 anos, advogados de renome internacional incluindo Herthold Goldman, Pierre Lalive e Philippe Fouchard argumentaram a necessidade de um conjunto de leis independentes para a Arbitragem internacional, aclamando que não se deveria apoiar a Arbitragem internacional em leis nacionais de Arbitragem doméstica. Apesar

¹⁵ Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito:

Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

¹⁶ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito Aplicável Ao Mérito Da Causa*, Pagina 37

¹⁷ ICC Summer Course: *Introduction to International Commercial Arbitration*.

Black's Law Dictionary is the most widely used law dictionary in the United States. It was founded by Henry Campbell Black. Arbitration definition : “A method of dispute resolution involving neutral third parties who are usually agreed to by the disputing parties and who’s decision is binding” Simon Greenberg.

POUDRET e BESSON, chamam a atenção para a circunstância algo paradoxal de a generalidade das leis de arbitragem voluntária contemporâneas não definir o conceito de arbitragem voluntária. Apresentam posteriormente a sua própria definição: “A arbitragem é um modo convencional de resolução de litígios por particulares escolhidos diretos ou indiretamente pelas partes e investidos do poder de julgar em lugar das jurisdições estaduais através de uma decisão que tem efeitos análogos aos de uma sentença [estadual]. Poudret, Jean-François e Sébastien Besson, *Droit Comparé de l’Arbitrage International*, Bruxeles, Bruylant, 2002

¹⁸ A propósito da natureza jurídica da arbitragem debatem-se teses contratuais, jurisdicionais e mistas. Para a teoria contratual, na sua formulação mais radical, a decisão arbitral é um contrato celebrado pelos árbitros como mandatários das partes. Para esta tese só a homologação judicial permite que seja uma verdadeira sentença. Já a tese jurisdicional entende que as decisões arbitrais são atos jurisdicionais, sendo os árbitros juizes e não mandatários das partes. Por último, a conceção mista defende que a arbitragem voluntária está a meio caminho entre o julgamento da autoridade judicial e o contrato livremente consentido pelas partes – o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz.

Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 183-6. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, Almedina, P.119

disso, uma grande maioria dos países europeus, incluindo os que recentemente adotaram nova legislação, não seguiram esse caminho, defendendo que a natureza da Arbitragem internacional não justifica a criação de leis diferentes das da Arbitragem doméstica.¹⁹

Neste âmbito, a Convenção de Nova Iorque de 1958 assume elevada importância. Como indica o seu título, esta convenção trata do Reconhecimento e da Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras²⁰ e, aplica-se independentemente da nacionalidade ou residência das partes, sendo reiterada atualmente por todos os países da União Europeia. Define, no seu art.º 1, «sentenças arbitrais» não apenas como as sentenças proferidas por árbitros nomeados para determinados casos, mas também as que forem proferidas por órgãos de Arbitragem permanentes aos quais as partes se submeteram.

Esta Convenção vigora na ordem jurídica portuguesa desde 16 de Janeiro de 1995, tendo Portugal aderido à mesma com a reserva de reciprocidade prevista no nº3 do art.º1 (a possibilidade de qualquer Estado restringir a aplicação da Convenção ao reconhecimento e execução das sentenças proferidas no território de um outro Estado contratante). Desde logo, a sentença estrangeira não tinha força executiva antes de ser revista e confirmada²¹. Com a entrada em vigor da nova Lei da Arbitragem Voluntária, as sentenças arbitrais tem reconhecimento no país e poderão ser executadas. Além disso, a admissibilidade de recurso passa a estar consagrada apenas para os casos em que as partes o tenham expressamente contemplado, ficando a impugnação (“lato sensu”) de sentenças arbitrais limitada aos casos de recusa de reconhecimento ou aos casos de anulação. Assim, *“O recurso da decisão arbitral apenas será possível se as partes o estipularem e, ainda assim, só quando a decisão tenha sido determinada pela equidade ou por composição amigável (art 39º. Nº 4 LAV). O recurso passa assim a ser exceção na*

¹⁹ Poudret, Jean-François e Sébastien Besson, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxelles, Bruylant, 2002

²⁰ Convenção Sobre O Reconhecimento E A Execução De Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Celebrada Em Nova Iorque em 10 De Junho De 1958
Disponível online (<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar37-1994.pdf>)

²¹ Duarte Gorjão Henriques, *A Convenção De Nova Iorque Sobre O Reconhecimento E Execução De Sentenças Arbitrais De 1958 Na Jurisprudência Portuguesa*, Disponível Online (<http://arbitragem.pt/estudos/convencao-nova-iorque-1958--duarte-gorjao-henriques.pdf>)

*Arbitragem. Ficam, porém ressalvadas da exclusão do recurso as convenções arbitrais celebradas antes da entrada em vigor da nova LAV”.*²²

Importa aqui acentuar a importância do acórdão nº 230/86 do Tribunal Constitucional que foi precursor na caracterização dos tribunais arbitrais voluntários como verdadeiros tribunais, não sendo, no entanto, “tribunais como os outros”, uma vez que não são órgãos de soberania.²³

Na síntese de Miguel Galvão Teles²⁴, a Arbitragem representa atividade jurisdicional e os tribunais arbitrais são tribunais em sentido constitucional, a partir da revisão constitucional de 1982, que descreve no seu artigo 212º n.º 2b que “Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e tribunais arbitrais”. No mesmo sentido, a revisão constitucional de 1989 resolveu a dúvida no sentido da inclusão direta dos tribunais arbitrais na reserva de competência legislativa referindo no seu Artigo 168º nº1q), “é da exclusiva competência da Assembléia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização do Governo: Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos.”

A Arbitragem resulta da Convenção de Arbitragem²⁵ que deve ser reduzida a escrito sob pena de nulidade, através do Compromisso Arbitral (referente a um litígio atual) ou

²² Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, P.297

²³ Armindo Ribeiro Mendes, *A Arbitragem E A Jurisprudência Do Tribunal Constitucional* In Estudos Em Memória Do Conselheiro Artur Maurício, 1ªed.

²⁴ Miguel Galvão Teles, *Aspectos Constitucionais Da Arbitragem*, 2009
Disponível em: <http://arbitragem.pt/estudos/>

²⁵ A convenção arbitral é o acordo das partes em submeter à arbitragem um litígio atual ou eventual. Tem natureza contratual e atribui a jurisdição do tribunal arbitral em prejuízo da competência do tribunal judicial. A Convenção de Arbitragem respeitará os requisitos impostos pelas normas gerais do direito civil, do direito das obrigações e, para além destes, os condicionalismos legais que lhe são impostos pela L.A.V. nos seus artigos 1º ao 6º, atribuindo competência ao Tribunal Arbitral.

Esta atribuição de competência assume um duplo carácter: Primeiramente vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão do caso ao tribunal arbitral, e funciona, ademais, como pacto de jurisdição derrogando a jurisdição do tribunal judicial a favor de um tribunal arbitral.

da Cláusula Compromissória (englobada num contrato mais alargado e referente a um litígio que possa ocorrer no futuro). Sempre que a cláusula compromissória não for válida e eficaz, seja porque esta é nula, anulável ou ineficaz, o tribunal arbitral será incompetente para resolver o litígio.²⁶

Funciona a Arbitragem como uma alternativa à Justiça do Estado onde, por escolha das partes através da Convenção Arbitral, estas se comprometem a um procedimento arbitral. A celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso, verificando-se a exceção dilatória de competência e consequente absolvição do réu da instância (artigo 96ºb do CPC).²⁷

A autonomia da cláusula compromissória traduz-se na sua relação com o contrato principal: a invalidade deste não acarreta a invalidade da cláusula, não sendo o contrário verdadeiro. No caso da cláusula compromissória ser nula, esta nulidade só afetará o contrato principal se as partes tiverem atribuído à cláusula importância tal que não teriam celebrado o contrato sem ela, ou seja, aplica-se o regime do art. 292.º do CC.²⁸

As partes estipulam assim, voluntariamente, antes ou no momento do nascimento do conflito, a sua vontade em submeter o litígio aos tribunais arbitrais. É um procedimento voluntário, não judicial, onde o consentimento assume especial importância, de modo que não pode haver Arbitragem sem o mútuo acordo entre as partes.²⁹

²⁶ Iñaki Paiva de Sousa, *A Cláusula Compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual*, Mestrado Forense 2011/2012. P.15
Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

²⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ªEd, P.127

²⁸ Iñaki Paiva de Sousa, *A Cláusula Compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual*, Mestrado Forense 2011/2012, P.8
Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

²⁹ Excetua-se a arbitragem necessária que contrapõe a arbitragem voluntária. Esta é uma distinção bem conhecida no processo civil português.

Nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1961, o último Livro destes Códigos regulava o Tribunal Arbitral. Aí se distinguiu a arbitragem voluntária que se baseava numa convenção das partes (compromisso arbitral; cláusula compromissória) da arbitragem necessária. No art. 1525.º do Código de Processo Civil vigente e no que toca à arbitragem necessária, pode ler-se:

“Se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atender-se-á ao que nesta estiver determinado. Na falta de determinação, observar-se-á o disposto nos artigos seguintes.”

Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de

O Compromisso Arbitral deve determinar com precisão o objeto do litígio e a Cláusula Compromissória, referente ao eventual litígio emergente de relação jurídica prévia determinada, deve especificar a relação jurídica a que o litígio possa respeitar.

Quanto ao objeto da convenção arbitral, cabe referir que no direito português a Arbitragem voluntária não é admissível em relação a três tipos de litígios:

- 1) Os que sejam sujeitos a Arbitragem necessária;
- 2) Os que são da exclusiva competência de tribunal estadual;³⁰.
- 3) Os litígios respeitantes a natureza patrimonial e ainda os respeitantes a interesses não patrimoniais se forem transacionáveis

A nível Internacional há três critérios de arbitrabilidade objetiva: a disponibilidade do direito, a ligação do litígio com a ordem pública e a patrimonialidade da pretensão.³¹

A caracterização da Arbitragem tem sido alvo de diversas teorias por conter elementos jurisdicionais e privados tornando difícil a sua categorização. Mas seguindo o pensamento maioritariamente aceite pela doutrina, a Arbitragem é definida como sendo voluntária e contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função.³²

Direito

Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

³⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de arbitragem, Conteúdo e efeitos*, Texto que serviu de base à comunicação apresentada em 15 de Julho de 2007 ao I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa

³¹ Artigo 1º nº1 e 2 da LAV

³² Acórdão de 18 de Janeiro de 2000, publicado em www.dgsi.pt (onde se podem ver também os outros acórdãos citados no presente artigo sem indicação de outra fonte). O acórdão assume como sua uma expressão de fonte doutrinária: Francisco Cortez, "A arbitragem voluntária em Portugal", *O Direito*, 1992, IV, p. 541 ss (p. 555). No mesmo sentido, embora com outra formulação, Dário Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, Coimbra, 1990, p. 66 ss.

2.1. A Arbitragem institucionalizada e a Arbitragem ad hoc

Há duas opções quanto à Arbitragem: incorporar o procedimento numa instituição arbitral, com regras próprias, ou criar um tribunal arbitral *ad hoc*.

A diferença entre a Arbitragem institucional e *Ad Hoc* resulta da vontade das partes em submeter o seu pedido à Instituições ou em criar o seu próprio e independente Tribunal Arbitral.³³ Na Arbitragem Institucional as partes determinam uma Instituição de Arbitragem e submetem-se ao regime interno e as regras de funcionamento da mesma, utilizando a sua infraestrutura de serviços.

As instituições de Arbitragem fornecem cláusulas modelo de Arbitragem e mais importante, regras de Arbitragem, muitas vezes em diversos idiomas, redigidas por especialistas, refinadas pela larga experiência de cada um deles. Além disso, a instituição contribui com a seleção do local da Arbitragem, a nomeação (se necessária) dos árbitros e oferece várias outras formas de assistência durante todo o processo.

No ordenamento jurídico português a Arbitragem institucionalizada foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Setembro que determina a necessidade de reconhecimento pelo Ministério da Justiça dos centros de Arbitragem institucionalizada.³⁴

Cabe mencionar sobre este aspeto que a lei modelo da UNCITRAL³⁵, sobre Arbitragem comercial internacional utiliza o critério de internacionalidade consoante:

³³ Poudret, Jean-François e Sébastien Besson, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxelles, Bruylant, 2002

³⁴ Mariana França Gouveia, *Resolução Alternativa De Litígios (Negociação, Mediação, Arbitragem, Julgados De Paz)*, Relatório FDUNL, 2008

³⁵ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do enquadramento jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos sobre a modernização do direito comercial internacional, para uso dos Estados e através da elaboração de textos não legislativos sobre transações comerciais, para uso das partes. Os textos legislativos da UNCITRAL visam a venda internacional de bens, a resolução de disputas comerciais internacionais, incluindo a arbitragem e a conciliação, o comércio eletrónico; a insolvência, incluindo a insolvência transfronteiriça, o transporte internacional de bens; os pagamentos internacionais, a aquisição e o desenvolvimento de infraestruturas; e os títulos de crédito. Os textos de carácter não legislativo incluem as regras de conduta nos processos de arbitragem e

- As partes numa convenção de Arbitragem tenham, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados;
- Ou, se um dos locais seguintes estiver situado fora do País onde as partes têm sede: (i) O local da Arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta; (ii) Qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou (iii) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de Arbitragem envolve mais do que um país.

Em Portugal, o Conceito e regime da Arbitragem internacional encontra-se regulado no artigo 49º LAV, entendendo-se por Arbitragem internacional “a que põe em jogo interesses do comércio internacional”, sendo aplicável o regime da Arbitragem domésticas à mesma, de acordo com o nº 2 do presente artigo que refere que " Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à Arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à Arbitragem interna.”

Lima Pinheiro define a Arbitragem Transnacional como a “Arbitragem voluntária que em virtude de contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do Direito aplicável”.³⁶

Esta análise sobre o conceito de Arbitragem internacional é muito discutido e pode ser importante sobretudo em países com leis distintas para a Arbitragem doméstica e a internacional, o que não acontece em Portugal.

Existem diversos centros de Arbitragem institucionalizados competentes para dirimir arbitragens voluntárias dependendo da matéria a que se refira a disputa, como a Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (para matérias comerciais), a Ordem dos

de conciliação; notas sobre a organização e condução de processos arbitrais; e guias jurídicos sobre contratos de construção industrial e de trocas comerciais.

Disponível online (http://www.dgpi.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57)

³⁶ Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, P. 443

Advogados Portugueses, o Conselho Nacional de Profissões Liberais (para matérias que envolvam os membros das respetivas associações e os seus clientes), a Associação Portuguesa de Direito Intelectual (para matérias respeitantes a propriedade intelectual e industrial), a Liga Portuguesa de Futebol Profissional, o Sindicato de Jogadores Profissionais de Futebol (para matérias referentes aos contratos celebrados entre clubes e jogadores de futebol profissionais), e os diversos Centros de Arbitragem do Consumo onde, contrariamente aos demais, existe, em regra, apenas um árbitro que julga todos os processos nos centros.³⁷

A nível internacional temos, como mais populares, a International Chamber of Commerce (“ICC”), London Court of International Arbitration (“LCIA”), International Centre for Dispute Resolution, Stockholm Chamber of Commerce (“SCC”), Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”)³⁸

Talvez a maior e mais importante vantagem da Arbitragem institucional seja uma certa medida de segurança e eficácia administrativa, além do fato de que o eventual prestígio e a reputação da instituição reforçam a credibilidade da sentença arbitral.

Contrariamente, as desvantagens da Arbitragem institucional prendem-se, fundamentalmente, com o custo adicional das taxas administrativas que são aqui fixadas, além de eventuais atrasos dos procedimentos, decorrente da sobrecarga institucional.

Por outro lado, nas Arbitragens *ad hoc*, o tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio, fora de qualquer suporte institucional.

As vantagens da Arbitragem *ad hoc* incluem um maior controle das partes sobre o procedimento, maior flexibilidade para adaptar o processo às particularidades do litígio e uma maior economia de custos além de evitar atrasos associados à Arbitragem institucional.

³⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ªEd,P.125

³⁸ ICCA - International Council for Commercial Arbitration, Disponível Online (<http://www.arbitration-icca.org/about/governing-board.html>)

A arbitragem *ad hoc* é habitualmente utilizada para disputas entre governos e empresas estrangeiras, uma vez que possui aconselhamento jurídico especializado, o processo arbitral pode conduzir a um resultado satisfatório em menos tempo e a um custo bastante mais baixo. Estas vantagens dependem, como foi mencionado, da cooperação entre as partes, tanto na estrutura do processo como na constituição do tribunal arbitral e, ainda que teoricamente manifestas são dificilmente avaliadas, principalmente pela confidencialidade do processo, o que não permite comparações efetivas.³⁹

Deparámo-nos a este ponto com um dilema sobre a elaboração das convenções arbitrais relativa tanto às Arbitragens *ad hoc* como às Arbitragens institucionalizadas: antes de surgir a disputa, as partes desconhecem o futuro e eventual litígio para realmente cobrir todos os aspetos que possam ser relevantes. E, por outro lado, uma vez emergido o litígio, as partes muitas vezes já não estão em condições de cooperação para chegarem a um acordo sobre as questões que têm de ser tratadas, sendo substituídas pelos próprios árbitros que decidem sobre os aspetos em falta.

Este problema é ultrapassado facilmente na Arbitragem institucional, que prevê um conjunto de regras que podem facilmente ser incorporadas por referência, e são detalhadas o suficiente para cobrir as situações mais importantes, mas suficientemente gerais para dar as partes e ao tribunal a flexibilidade necessária para adaptar o processo às particularidades do litígio. Além disso, este tipo de Arbitragem prevê também uma autoridade neutra que garante a constituição do tribunal arbitral e resolve todos os impasses e controvérsias sobre o procedimento.⁴⁰

As instituições arbitrais fornecem diferentes serviços, tais como, a verificação da competência do arbitral e da instituição, as nomeação de árbitros, a substituição e/ou remoção de um árbitro, as decisões sobre a imparcialidade de um árbitro, o arquivo

³⁹ Poudret, Jean-François e Sébastien Besson, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxeles, Bruylant, 2002

⁴⁰ Christian Bühring-Uhle, *Background, Legal and Institutional Framework in, Arbitration and Mediation in International Business* (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 13 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 31 – 68-

atualizado da Arbitragem, a gestão dos aspetos administrativos e financeiros da Arbitragem e o exame formal da sentença arbitral.⁴¹

No contexto internacional, uma das primeiras Instituição de Arbitragem com um alcance global foi a Câmara do Comércio Internacional de Paris (CCI ou ICC, International Chamber of Commerce). A ICC é uma organização que favorece a promoção e assessora o comércio internacional. Fundada em 1919 desempenhou um papel fundamental nos esforços para reforçar o quadro jurídico da Arbitragem internacional.⁴²

Desde a sua criação, a CCI tem oferecido assistência na organização de processos de Conciliação e Arbitragem, disponibilizando regras, normas, padrões e ferramentas que uniformizam as relações empresariais. Além de fornecer ferramentas para as transações do dia-a-dia, a ICC também oferece serviços para a resolução de litígios em relações empresariais transfronteiriças. Estes serviços baseiam-se em conjuntos de regras que cobrem a resolução de litígios amigável e a Arbitragem comercial internacional.⁴³

Assim, não há dúvidas que a Arbitragem é, nos sistemas jurídicos contemporâneos, um método através do qual as disputas podem ser definitivamente resolvidas em conformidade com o acordo das partes, por terceiros neutros não-governamentais e independentes, selecionados por ou para as partes e aplicando procedimentos jurisdicionais neutros capazes de proporcionar soluções eficazes e específicas para o litígio em questão.

Mas nem tudo são vantagens. Desde a fundação da Arbitragem na CCI, a história da Arbitragem tem sido caracterizada por uma dramática expansão do número de casos. Ao mesmo tempo a complexidade dos conflitos tem sido crescente e a participação dos governos assume cada vez mais importância. Os sistemas jurídicos nacionais diferem profundamente entre os países, e as partes procuram inevitavelmente assegurar que, em caso de disputas, estas sejam resolvidas no fórum que é mais favorável aos seus interesses.

⁴¹ ICC Summer Course: *Introduction to International Commercial Arbitration*.

⁴² Poudret, Jean-François e Sébastien Besson, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxelles, Bruylant, 2002

⁴³ Disponível online (http://www.icc-portugal.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=9&Itemid=106)

Tudo isso pode conduzir a um litígio prolongado, assumindo problemas de jurisdição e reconhecimento de sentenças, que produz elevados custos legais e onde a incerteza assume importante um papel principal.

Como forma de evitar os litígios longos e complexos, a seleção do local da Arbitragem no contexto internacional tem um papel primordial, evitando atrasos significativos no âmbito da Arbitragem. Por esse motivo é cada vez mais frequente encontrarmos convenções arbitrais que selecionam a sede de Arbitragem com antecedência, o que nos permite fazer frente a lentidão do processo e mitigar os custos a este associado.⁴⁴

Um dos objetivos centrais dos acordos de Arbitragem internacional é exatamente o de fornecer um fórum neutro para a resolução dos litígios, independente das partes ou das suas jurisdições nacionais. A sua capacidade para evitar a jurisdição nacional e, conseqüentemente, a dificuldade da escolha de leis aplicáveis no contencioso civil, evita a ocorrência de litígios múltiplos que sejam de competência de diversos tribunais nacionais, bem como conflitos de competência prolongadas, decisões inconsistentes e incertezas de execução.

O potencial da Arbitragem internacional ganha cada vez mais terreno dentro do quadro jurídico das empresas internacionais.

Primeiramente porque a Arbitragem é confidencial, sendo frequente que as partes e os árbitros sejam vinculados a rigorosas regras de confidencialidade. Isto assume naturalmente grande interesse empresarial, havendo segredos e informações comerciais confidenciais que devem ser protegidos contra o público, os meios de comunicação social e/ou concorrentes.

Em segundo lugar, os árbitros são experientes, e as partes podem escolhê-los livremente, desde que eles respeitem o princípio de imparcialidade e independência durante todo o processo. Os árbitros podem ser selecionados a partir de diferentes nacionalidades e áreas profissionais, o que garante a experiência profissional e pessoal daqueles que irão decidir a disputa.

⁴⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition

Por último, as sentenças arbitrais são facilmente executáveis em muitos países, podendo mesmo ser executadas mais facilmente do que sentenças judiciais (naturalmente devido a Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras).

Todas estas vantagens acabam por criar uma última: a Arbitragem pode economizar tempo e custos. A existência de procedimentos sob medida e a ausência de apelação e/ou processo de revisão propiciam que o processo de Arbitragem seja concluído dentro de um tempo relativamente curto quando equiparado ao processo jurídico.

3. Meios de resolução de litígios com vista à obtenção do acordo⁴⁵

Nas palavras de Armindo Ribeiro Mendes⁴⁶ a par da Arbitragem como meio de resolução de litígios sem recurso aos tribunais estaduais, aparecem outros meios que visam a que as partes cheguem a acordo, celebrando uma transação que previna ou ponha termo a um litígio. Estes demais meios de resolução alternativa de litígios são consensuais e, resumindo-os de uma forma simples, fornecem as bases para capacitar as partes, por si mesmas, a chegarem à solução dos seus conflitos, sendo, antes de tudo, um auxílio ao consenso.

Os acordos a que chegam as partes podem ser assinados como resultado de concessões recíprocas e não como uma decisão de uma terceira parte neutra. Esta diferenciação seria bastante para os distinguir da Arbitragem.

Refiro-me essencialmente a Mediação, Negociação e a Conciliação (não judicial), que passo a descrever sucintamente.

⁴⁵ Utilizo a definição dada pela ICC a estes meios, descritos como procedimentos simples, rápidos, eficientes a nível de custos e flexíveis que fornecem aos indivíduos e empresas uma estrutura para negociarem a resolução do seu litígio comercial com o apoio de um independente neutro sob as Regras de Resolução Alternativa de Litígios.

ICC Summer Course: *Introduction to International Commercial Arbitration*.

⁴⁶ Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito

Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

3.1. A Negociação

A Negociação é um processo de resolução de controvérsias caracterizado por um desenrolar de contatos entre as partes desavindas, tendentes a modificar as exigências ou pretensões iniciais das partes até se aceitar uma solução de compromisso⁴⁷. É uma modalidade de resolução de conflitos que utiliza técnicas modernas para proporcionar às partes a descoberta dos seus reais interesses e a busca de soluções consensuais. As suas principais características são o tratamento das questões pessoais, exploração das opções com criatividade, uso de padrões independentes e análise das melhores alternativas possíveis.

É um processo ético de diálogo entre partes em conflito, através do qual, após o estudo conjunto de opções e a sua respetiva avaliação sobre as mesmas, as partes tentam chegar à solução auto compositiva que melhor atenda aos interesses de todos.⁴⁸

Apesar das suas semelhanças, a Mediação e Negociação podem ser distinguidas de três formas:⁴⁹

1ª. Quando um terceiro entra na disputa porém deixa o resultado das negociações em última análise às partes encontramos-nos perante uma Mediação. Na Negociação direta não há participação de terceiros, pois as próprias partes em conflito buscam, por elas mesmas, a resolução do problema (autocomposição), podendo haver ou não a

⁴⁷ Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito
Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

⁴⁸ Nesta perspetiva, há essencialmente dois modelos de negociação: competitiva e cooperativa. A diferença entre uma e outra está no resultado pretendido e conseqüentemente na atitude assumida para o alcançar. Enquanto no modelo competitivo o negociador pretende ganhar a discussão, no modelo cooperativo, o foco está na resolução do problema.

Mariana França Gouveia, *Resolução Alternativa De Litígios (Negociação, Mediação, Arbitragem, Julgados De Paz)*, Relatório FDUNL, 2008

⁴⁹ Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation, Global Trends in Dispute Resolution, Volume 4, Chapter 1: International and Comparative Mediation: Definitions and Developments* in (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2009) pp. 1 - 60

participação de representantes. Caso haja participantes, estes “vestem” o interesse e a pretensão da parte que os nomeia, pelo que a bilateralização mantém-se (ex. Advogados).

2ª. As fases de um processo de Mediação são geralmente mais estruturadas e explícitas do que as da Negociação. Entende-se negociar como um processo complexo do ponto de vista racional, emocional e comunicacional. Esta envolve necessidades que, para serem cumpridas, estão dependentes de ações de outras entidades e as partes envolvidas pressupõem que, para alcançar os seus objetivos, terão de obter um compromisso.⁵⁰ Porém, estas interações não serão tão específicas como no processo de Mediação, sendo possível encarar um processo de Negociação de várias formas, tendo em conta a orientação para os próprios objetivos e interesses.

3ª. Por último, os acordos de Mediação podem ser homologados. O mediador deve, a pedido das partes e dentro das respetivas competências, comunicar às partes a forma pela qual podem formalizar o acordo e as possibilidades de o tornar exequível⁵¹.

A Negociação pode ser entendida como o instrumento primário da Mediação e dos demais métodos de Resolução Alternativa de Litígios. Citando Mariana França Gouveia *“Todos somos negociadores, sempre que queremos alguma coisa que está sob controlo de outro, negociamos ou tentamos negociar”*, sendo uma indústria em crescimento havendo cada vez maior interesse dos cidadãos em participar nas decisões que lhes dizem respeito⁵².

A Negociação eficaz depende não somente de aspetos da realidade externa dos negociadores, mas também das suas realidades internas, tal como seus processos de

⁵⁰ Magda Lourenço, *Negociação*

Disponível Online

(http://www.gulbenkian.pt/images/mediaRep/institucional/fundacao/programas/Pg%20Desenvolvimento%20Humano/pdf/Manuais_de_Microcr__dito_-_Negocia____o.pdf)

⁵¹ Código Deontológico Europeu Dos Mediadores, in

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf

⁵² Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa De Litígios*, 3ªEd,2015, Almedina, P.41

percepção, expectativas, emoções, temores, atitudes, crenças, valores e necessidades. Negociar bem é, também, um processo de descoberta da experiência subjetiva própria e do outro negociador.⁵³

3.2. A Mediação

A anterior versão da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, definia a Mediação, no n.º 1 do seu artigo 35.º, como “uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”.

Já a Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspetos da Mediação em matéria civil e comercial, define a Mediação mais genericamente, na alínea a) do artigo 3.º, como “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”.

Atualmente a Mediação encontra-se regulada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à Mediação realizada em Portugal, independentemente da entidade que realiza a Mediação (pública ou privada) ou da matéria em causa na mesma.⁵⁴ A mesma Lei define a Mediação atualmente como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

A Mediação, ainda que não sendo definida objetivamente, acarreta características essenciais. É assim um recurso extrajudicial, privado e voluntário de resolução de conflitos,

⁵³José Augusto Wanderley, “Sempre Negocie Para Ganhar”
Disponível em: <http://www.guiarh.com.br/pp73.htm>

⁵⁴ Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), *O que é e como funciona a Mediação?*
Disponível Online (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>)

possibilitando a manutenção das relações ou até mesmo a sua melhoria, através de uma atitude de responsabilização e cooperação cívica, o que é de especial importância em sede de comércio Internacional.⁵⁵

A Mediação implicará, a dada altura, a Negociação e utilizará técnicas da Conciliação⁵⁶. Na Negociação há negociadores mas não há a intervenção de um terceiro imparcial. Já na Conciliação e na Mediação aparece um terceiro imparcial.

A Mediação é particular, rápida, informal, pouco dispendiosa e voluntária, variando a sua duração segundo o tipo e a complexidade dos conflitos. É flexível mas estruturada, obedece a regras específicas ainda que todo o domínio sobre os processos esteja na esfera jurídica das partes. Resumindo, os princípios básicos da Mediação podem ser os plenos poderes das partes, a pacificação, a informação e a presença de um mediador enquanto terceiro independente e de confiança⁵⁷. Além de que este é um método de resolução de litígios assente em interesses e não nos direitos.

A característica primordial da Mediação é exatamente este pleno domínio das partes para a resolução do seu litígio, o denominado *empowerment*⁵⁸, onde o mediador surge apenas como um auxiliar e as partes com a responsabilidade plena do domínio do problema e do processo. Como refere Mariana França Gouveia⁵⁹, o acordo resultante da Mediação tem de vir das partes e estas têm de aderir a esse acordo plena e convictamente,

⁵⁵ Julian D.M. Lew / Loukas A. Mistelis / Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia, Londres, Nova Iorque, *Kluwer Law International*, 2003, págs. 9-15

⁵⁶ Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito
Disponível online (<http://arbitragem.pt/estudos/>)

⁵⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa De Litígios*, 3ªEd, P.48-51

⁵⁸ Specifically, Bush and Folger use the term "empowerment" to mean "The restoration to individuals of a sense of their own value and strength and their own capacity to handle life's problems." (Folger and Bush, 1994, p. 2) In a latter publication, they further explain that through empowerment, disputants gain "greater clarity about their goals, resources, options, and preferences" and that they use this information to make their own "clear and deliberate decisions." (Folger and Bush, 1996, p. 264)

Transformative Mediation - Summary by Heidi Burgess

Disponível em :<http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall.htm>

⁵⁹ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa De Litígios*, 3ªEd, P.50-51

não sendo uma Mediação de sucesso aquela onde as partes não estejam no centro da discussão. O mediador somente as ajuda a procurar a melhor solução, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um melhor entendimento da situação. O princípio do “empowerment” é fundamento e característica permanente da Mediação.

A Mediação pode ser aplicada a vários tipos de conflitos, inclusive àqueles passíveis de serem resolvidos por Arbitragem, o que favorece relações interpessoais pacíficas.

O uso da Mediação em conflitos internacionais pode alterar toda a estrutura de uma empresa, quer isso dizer que normalmente na estrutura empresarial comum não cabe recurso à Mediação. A utilização da mesma faz com que sejam implementadas regras adicionais e, em grandes empresas, adicionar este meio alternativo antes de iniciar um processo judicial ou mesmo uma Arbitragem, altera bastante toda a estruturação da empresa⁶⁰, passando a ser necessário a contratação de pessoas especializadas que iniciem o referido processo. No entanto a mediação é normalmente bem aceite pelas empresas, na medida em que melhora as possibilidades de comunicação entre os membros envolvidos no conflito (entre a empresa prestadora de serviços e o respetivo cliente)⁶¹.

A maioria dos representantes das empresas familiariza-se com a Mediação através de formação específica, eventos informativos ou por terceiros, fora da empresa em questão (por exemplo por sugestão de um juiz, no âmbito de um processo judicial, de uma tentativa de resolução do conflito através da Mediação). Cabe referir que a atitude dos representantes das empresas em relação a este método é proporcional a informação e o conhecimento que vão adquirindo sobre a Mediação: aquelas que apresentam um maior entendimento sobre a Mediação não receiam a sua utilização. Confiam que não se efetuará nenhum acordo que não seja benéfico para ambas as partes. Este conhecimento

⁶⁰ Informação retirada de entrevistas ao departamento legal da empresa em estudo.

⁶¹ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal*
Disponível Online: <https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica-em-portugal>

prévio cria altas expectativas sobre uma resolução pacífica do conflito, incitando a utilização da Mediação pelas partes envolvidas.⁶²

- Duração e estrutura do processo de Mediação

A duração da Mediação é referida no artigo 21º da Lei da Mediação⁶³ e deve, de acordo com este, “ser o mais célere possível e concentrar -se no menor número de sessões possível.”

A Mediação é um processo com duração variável dependendo do tipo de conflito, da complexidade dos temas e do relacionamento das partes nela envolvida. É um meio de resolução alternativa de litígios relativamente rápida, que dura, em média, de acordo com os dados da Direção Geral da Política da Justiça, cerca de 3 meses.⁶⁴

O processo inicia-se com a pré-Mediação, na qual o mediador informa os mediados sobre o que é a Mediação, quais são as suas etapas e avalia as questões e vontade das partes em participarem.

Nas reuniões seguintes desenrola-se a Mediação propriamente dita, durante a qual as partes, com o apoio do mediador, dialogam sobre o conflito e trabalham em conjunto com o objetivo de encontrar uma solução que vá de encontro às necessidades e interesses bilaterais.⁶⁵

A solução conseguida no final de um processo de Mediação pode ter força executiva (sentença) se for homologada por um juiz (no âmbito dos Julgados de Paz ou havendo homologação judicial do acordo obtido em Mediação pré-judicial⁶⁶) ou pode ter

62 Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal*
Disponível Online (<https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica-em-portugal>)

63 Lei n.º 29/2013, de 19 de abril
Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública
Disponível Online (<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2013/04/07700/0227802284.pdf>)

64 A Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), *O que é e como funciona a Mediação?* Disponível Online (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>)

65 Associação de Mediadores de Conflitos, *A Mediação*
Disponível Online (<http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>)

66 Artigo 14º da Lei da Mediação

simplesmente o valor legal de um contrato jurídico. Homologado o acordo, ele passa a revestir a natureza de sentença de homologação, sendo título executivo de valor reforçado.⁶⁷ Nos termos do artigo 9º da Lei da Mediação tem ainda força executiva, sem necessidade de homologação judicial o acordo de Mediação que diga respeito a litígio que possa ser objeto de Mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; Obtido por via de Mediação realizada nos termos legalmente previstos; Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

- Custos do processo de Mediação

Os custos do processo são muito variáveis, dependendo dos custos dos mediadores e das despesas incorridas durante o processo sendo difícil definir qual o custo médio de uma Mediação. O Sistema de Mediação Familiar, a título de exemplo, tem para cada um dos mediados um valor fixo de € 50,00 independentemente da duração ou número de sessões de Mediação.

Seguindo a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril, a remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de Mediação celebrado no início de cada procedimento.⁶⁸

- Limitações do processo de Mediação

As dificuldades surgem quando se tenta convencer os executivos de duas empresas em conflito sobre os benefícios da Mediação. Normalmente falta boa vontade de uma das partes que, por motivos emocionais ou por tensão prévia sobre o objeto que gerou o conflito, dificultam a possibilidade de diálogo na busca de uma resolução pacífica.

⁶⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ªEd, 2014

⁶⁸ Artigo 29.º Lei n.º 29/2013, de 19 de abril

A capacidade da Mediação tem o seu limite na vontade das partes em chegar a acordo. A falta de cooperação de uma das partes torna-se condição suficiente para a falta de eficácia da Mediação proposta.

- O Mediador

A atividade do mediador é de grande importância, uma vez que ao auxiliar as partes a construir o acordo contribui para a manutenção e, em certos casos, a reposição da paz social.⁶⁹ A figura do mediador tem um capítulo a si dedicado na Lei n.º 29/2013 de 19 de abril que estabelece os princípios gerais aplicáveis à Mediação realizada em Portugal.⁷⁰

O mediador não tem poder de decisão; ele é um terceiro imparcial com formação específica, que guia as partes e as ajuda a estabelecer o diálogo necessário para que elas possam encontrar, por si mesmas, a base do acordo que porá fim ao litígio. No desempenho das suas funções o mediador deve conservar os deveres⁷¹ de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência. O mediador não impõe às partes a obtenção de um acordo ou o seu conteúdo.

A título de exemplo, em Portugal, a Associação de Mediadores de Conflitos de Portugal identifica as seguintes funções do mediador:⁷²

- 1) Promove o respeito;
- 2) Investiga os reais interesses e desejos dos mediados;
- 3) Investiga para auxiliar a que os mediados descubram quais são os reais conflitos;
- 4) Orienta os mediados para que procurem informações corretas sobre o que vão decidir;

⁶⁹ Direção-Geral da Política de Justiça (DGPI), *O que é e como funciona a Mediação?*
Disponível Online (<http://www.dgpi.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>)

⁷⁰ Lei n.º 29/2013 de 19 de abril, CAPÍTULO IV Mediador de conflitos

⁷¹ Definidos no Artigo 26.º Lei n.º 29/2013 de 19 de abril, Deveres do mediador de conflitos

⁷² Associação de Mediadores de conflitos, *A Mediação*

Disponível Online (<http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/funcoes-do-mediador/>)

- 5) Intervém para que os mediados assumam juntos a responsabilidade de resolver as questões que ali os levaram;
- 6) Incentiva a criatividade dos mediados na busca de soluções;
- 7) Auxilia na análise de cada uma das opções de solução criadas para ver qual ou quais satisfazem aos interesses dos mediados;
- 8) Auxilia na construção de um acordo final no sentido de garantir a sua exequibilidade, durabilidade e aceitabilidade para as partes.

- Estatísticas da CCI sobre Mediação

Na CCI a duração estimada para Mediações internacionais é de 4 meses desde a receção do pedido à conclusão por acordo. O seu custo médio fica pouco acima dos € 20.000,00 e têm uma taxa de sucesso de 90% (média de acordos conseguidos quando a primeira reunião é agendada pelo mediador). Além disso, 90% dos utilizadores da Mediação da CCI indicam que voltariam a recorrer às mesmas em contratos futuros.⁷³

3.3. A Conciliação (Não Judicial)

A Lei-Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional aprovada pela CNUDCI/UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) define, a Conciliação nos seguintes moldes:

“O termo «Conciliação» designa um processo, independentemente da denominação de Conciliação, Mediação ou nome equivalente, em que as partes solicitam a um terceiro (o «conciliador») que as ajude nos seus esforços para chegarem a uma solução amigável do litígio decorrente de uma relação jurídica, contratual ou de diversa

⁷³ ICC, informação disponível em:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/costs-and-payment/>

Beth Cubitt, *New ICC Mediation Rules – Mediation as default alternative dispute resolution*, May 2014
Disponível em: <http://www.clydeco.com/insight/updates/view/new-icc-meditation-rules-meditation-as-default-alternative-dispute-resolution>

*natureza, ou ligado a uma tal relação. O conciliador não tem poder para impor às partes a solução de um litígio.*⁷⁴

Há que distinguir a Conciliação que, usualmente, é feita pela nomeação de Juizes e Conciliadores, no âmbito de um processo judicial, da Conciliação enquanto técnica de intervenção não jurisdicional de um terceiro independente⁷⁵.

Na Conciliação extrajudicial há um profissional que avalia, com imparcialidade e sem forçar as vontades das partes, toda a situação que deu origem ao conflito e indica os melhores meios para se chegar a um acordo. É um método alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa, o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo, sendo um procedimento formal normalmente utilizado para resolução de conflitos circunstanciais.⁷⁶

Na Conciliação, o terceiro elemento que intervém é geralmente tido como uma figura de autoridade, responsável por descobrir a melhor solução para as partes. O conciliador é neutro ao conflito - ouve as partes nelas envolvidas com a devida imparcialidade e é capaz de convencê-las a alcançar um acordo que, ainda que não totalmente satisfatório, lhes evite questões futuras, em que ambas perderão tempo e dinheiro.⁷⁷

⁷⁴ UNCITRAL. Disponível online (http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPI/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57)

⁷⁵ A conciliação judicial no processo civil é regulada pelos artigos 509.º, 508.º-A, n.º 1, alínea a), e 652.º, n.º 2, no que diz respeito ao processo ordinário, 787.º, n.º 1, e 791.º, n.º 3, no que diz respeito ao processo sumário, e 796.º, n.º 1, no que diz respeito ao processo sumaríssimo. Quanto aos julgados de paz, a conciliação é regulada pelo artigo 26.º da Lei dos Julgados de Paz que dispõe que “compete ao juiz de paz proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes”.

Joana Paixão Campos, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, *A conciliação Judicial*, FDUNL, 2009

⁷⁶ Mariana França Gouveia, *A resolução judicial e extrajudicial de conflitos de consumo*
Disponível online

(https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwign73b29PIAhVCbRQKHVDfBBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FAC_MA_3926.ppt&usq=AFQjCNHXdv_fSCuyvxsHmeiiTw4d9PyA&sig2=GZYQiAf_47yKPaXNP9rgtA)

⁷⁷ Centro de Mediação, *Conciliação e Arbitragem*

Disponível Online (http://www.aip.pt/irj/go/km/docs/site-manager/www_aip_pt/documentos/homepage/informacao/AIP_AnaMariaCoelho.pdf)

Concluindo, o processo de Conciliação é espontâneo, voluntário e de comum acordo entre as partes. Procura a solução do conflito com custo mínimo e eficácia máxima. Pode ser a mais eficaz quanto mais esteja identificado problema, origem do conflito, não sendo a falta de comunicação entre as partes o impedimento para o resultado positivo.

Cabem assim, no conceito de conciliação, não só as tentativas de resolução por acordo efetuadas pelo juiz, num tribunal judicial ou num julgado de paz, ou pelo árbitro, em sede de Arbitragem, mas, também, por exemplo, as levadas a cabo pelas chefias de dois indivíduos, se lhe couber a decisão, no caso de não haver acordo.⁷⁸

Não há em Portugal uma escola de Conciliação, sendo realizada de forma casuística de acordo com o conhecimento e vivência de cada juiz. Como refere Mariana França Gouveia, o mesmo se passa em outros países, onde a pesquisa efetuada sobre o tema não encontrou qualquer referência a teorias ou vertente prática que seja ensinada aos juízes quando promove conciliações.⁷⁹

A distinção deste meio da Mediação tem tido grandes dificuldades em se estabilizar. Há quem defenda que só se pode chamar Conciliação à jurisdicional, há quem defenda uma distinção entre ambas sendo a Conciliação avaliadora e a Mediação facilitadora e há autores que discordam da distinção entre as duas figuras, considerando que são apenas diferentes níveis de Mediação⁸⁰.

Mariana França Gouveia defende ainda a distinção entre conciliação judicial e a mediação com base na característica de que na conciliação jurisdicional, ao contrário da mediação, as partes estão perante quem decide, havendo um interesse real do juiz na obtenção do acordo.

Parece-me, no entanto, importante salientar que a mediação, contrariamente à conciliação não pode ser reduzida à busca de um acordo.

⁷⁸ Joana Paixão Campos, *A conciliação Judicial*, FDUNL, 2009

⁷⁹ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, Almedina, 2014

⁸⁰ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, Almedina, 2014

A conciliação não judicial deve ser entendida como o processo em que as partes são auxiliadas por um terceiro a encontrar uma solução para o seu litígio, sob forma de acordo e não por oferecer à pessoa que vive um conflito a possibilidade de resolver os seus próprios confrontos, para que ela possa vir a transformar adequadamente seus conflitos intersubjetivos, como o faz o mediador.⁸¹ Esta diferença de prática, parece-me importante na classificação do conciliador enquanto terceiro que faz propostas e apresenta soluções para o caso buscando o acordo como forma de resolução direta do litígio, que é assim construído por concessões mútuas, alcançando-se uma solução de compromisso que pode não ser a ideal.⁸²

Contudo, entendo que o conciliador tenha de o fazer com grande cautela para não forçar as partes ao acordo, o que poria em causa um dos pilares fundamentais da Mediação, que é o empowerment ou princípio dos plenos poderes das partes.⁸³

Assim, e ainda que utilizando os mesmos princípios, parece-me que a intervenção do terceiro na Conciliação assume mais relevo e se focaliza muito mais na obtenção de um acordo onde não se trabalham os verdadeiros interesses das partes e as suas emoções.

Joana Paixão resume o pensamento de Lúcia Dias Vargas, referindo que a autora conclui que a mediação é mais adequada a situações em que as partes desejam manter um relacionamento futuro e a conciliação é mais adequada a situações circunstanciais.

Tendo a concordar com esta análise mas, atualmente, o pensamento doutrinário tem-se aproximado da conclusão de Joana Paixão. A autora conclui, após análise exaustiva das várias posições, que não é adequado distinguir a mediação da conciliação dita extrajudicial. Trata-se da mesma atividade pelo que não se justifica a existência de dois conceitos diferentes.

⁸¹Alexandre Araújo Costa, III - Entre mediação e conciliação
Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos/iii-entre-mediacao-e-conciliacao>

⁸²JOANA PAIXÃO CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009

⁸³JOANA PAIXÃO CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009

Neste mesmo sentido o Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de Outubro institui o procedimento extrajudicial de Conciliação para viabilização de empresas em situação de insolvência ou em situação económica difícil.

Cria-se um procedimento de Conciliação, simples e flexível, em que se reserva, intencionalmente, ao IAPMEI (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento) o papel de condução de diligências extrajudiciais, sempre no respeito da vontade dos participantes, recusando-lhe quaisquer poderes sancionatórios ou coercitivos. Contrariamente à Mediação, o IAPMEI tem como principal função a celebração de acordo entre a empresa e todos ou alguns dos credores e não a solução de um compromisso ideal. Mas, o próprio Decreto-Lei refere-se às atividades de mediação e conciliação como sinónimos, mencionando que “institui o procedimento extrajudicial de conciliação pela intervenção mediadora de uma entidade pública”.

3.4. *Vantagens e desvantagens*

Não há dúvidas que a Resolução Alternativa de Litígios nasceu de uma necessidade de encontrar novos meios capazes de resolver conflitos de forma célere, menos desgastante e mais acessível.

Numa sociedade pluralista e no atual processo de globalização em que vivemos, é fácil denotar a existência de uma multiplicidade normativa, tanto nacional como internacional. A Resolução Alternativa de Litígios é exatamente “o reflexo processual desse pluralismo jurídico, sendo um instrumento de diálogo entre as pessoas e as tradições e, por isso, uma via de aprofundamento da nossa democracia!”⁸⁴

Os diversos meios alternativos de resolução de litígios amigáveis prendem-se com uma regra importante - as partes, numa controvérsia internacional, tentarão sempre resolver a disputa entre elas mesmas antes de avançar com qualquer outra tentativa de resolução. Esta regra verifica-se tanto em conflitos interpessoais como em conflitos

⁸⁴ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3ª Ed, Almedina.

comercias. Além disso, estas estão antes de tudo em melhores condições para conhecer as vertentes das suas próprias perspectivas sobre uma divergência.

Estes meios, ditos amigáveis, têm tido um considerável sucesso nos últimos anos, particularmente nos Estados Unidos, pelo excessivo custo da Arbitragem.⁸⁵ Isto faz com que muitas vezes em contratos internacionais, fique estipulado que, antes de entrar na via judicial ou Arbitragem, as partes irão, primeiramente, tentar resolver as suas divergências por meios alternativos de litígios amigáveis como a Mediação ou a Conciliação.

Situações simples como: diferença de opiniões, condições de trabalho, expectativas não correspondidas, comportamentos não condizentes à ética e valores da organização, comportamentos discriminatórios, falta de comunicação, entre outros, são, muitas vezes, de fácil resolução e, administrar esses conflitos por meios amigáveis de resolução é vantajoso para as empresas em diversos aspetos.

Porém, para que os mecanismos sejam eficazes, é necessário antes de tudo que as partes estejam dispostas a comprometerem-se totalmente com o processo, fornecendo toda a informação pertinente. Neste momento, torna-se essencial a confidencialidade da Resolução Alternativa de Litígios, uma vez que são expostas informações de extrema relevância para a empresa. Esta necessidade de “transparência de dados” pode, na verdade, também ser apresentada como uma grande desvantagem para a utilização destas metodologias, já que atualmente não existem normas internacionais referentes ao sigilo profissional, o que gera hesitação e insegurança das partes sobre toda a informação disponibilizada.

É de referir que esta metodologia é reconhecidamente mais difícil de se conduzir adequadamente, uma vez que questões pessoais e psicológicas ganham aqui muito mais relevo do que na Arbitragem ou no contencioso.

Estes métodos visam prevenir ou limitar os danos, e até mesmo dar um novo impulso à relação contratual. É aqui que reside a sua força excepcional, a Arbitragem e o contencioso dividem e segmentam as relações, os métodos amigáveis suavizam-nas.

⁸⁵ Poudret, Jean- François e Sébastien Besson, *Droit compare de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2012

Estes meios fornecem, ademais, as bases para que as negociações sejam mais eficazes e menos problemáticas. Apresentam-se como uma forma de ajudar as partes a procurarem um compromisso mutuamente aceitável quando estão em conflito ou simplesmente confrontados com uma dificuldade que ainda não se tornou uma verdadeira disputa. O seu objetivo é, por vezes, restaurar ou preservar a dinâmica do contrato, ainda que a sua função seja simplesmente a de incentivar a retoma do diálogo entre as partes.⁸⁶

As empresas têm consciência da importância de relações comerciais pacíficas e esta modalidade permite às partes o acesso a um processo que só pode ser concluído por acordo conjunto. Por este motivo, parece-me de grande importância na busca sobre os condicionantes empresariais da Resolução Alternativa de Litígios, levantar a seguinte questão: quais são os métodos utilizados pelas empresas a fim de evitarem que um conflito se torne um litígio e conseqüentemente num processo judicial ou arbitral?

Com acesso a informações privilegiadas no âmbito de uma empresa internacional, foi-me possível proceder a um breve estudo dos métodos utilizados por esta empresa para a resolução dos seus conflitos. Estes meios de resolução alternativa de litígios, não tipificados, visam a pacificação de conflitos por acordo.

4. A Escolha do método mais apropriado

Frente a um conflito, ou antes da ocorrência do mesmo, devem as partes analisar qual seria o método ou métodos mais adequados para a sua resolução.

O tipo de conflito, as especificidades do caso, as características das partes e a urgência de resolução são apenas alguns dos muitos pontos que devem ser considerados pelas partes na escolha do método a ser utilizado.

⁸⁶ Jean-François Guillemin, Chapter 2: *Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution* in Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz, et al. (eds), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 21 - 52

Ainda que não seja possível a escolha de métodos perfeitos, alguns fatores assumem maior relevância na análise das partes.⁸⁷

Primeiramente, deve ser analisado o tempo que dispomos: é importante que o conflito se resolva o mais rapidamente possível? É importante saber quanto tempo será despendido na preparação e participação da resolução do litígio?

Seguidamente, devemos pensar nos recursos que dispomos. Qual será o custo das despesas legais?

Em terceiro lugar, devemos analisar a nossa capacidade de Negociação sobre o sucedido. A colaboração é uma realidade acessível?

Em quarto lugar, qual a importância da confidencialidade para o caso? Afetará a nossa empresa? A nossa família? Ou mesmo a relação comercial existente com a contra parte? Terá a própria disputa uma dimensão pública? Existe uma razão para a necessidade de uma decisão judicial?

Por último devemos analisar o resultado que buscamos. Um acordo ainda que detalhado responde às minhas necessidades?

Além dos fatores exemplificados que devem pesar na decisão sobre o método a adotar é de notar que existem situações em que as partes, ainda que dispostas a negociar, não tem nenhuma perspectiva de um bom resultado, sendo bastante improvável que venham a estar satisfeitos com qualquer resolução (seja por interesses inconciliáveis, seja por diferentes visões dos fatos ou do direito).

Um estudo realizado por Frank Sander e Lucasz Rozdeiczner⁸⁸ concluiu que a seleção de um procedimento de resolução de litígios adequada para a resolução do conflito é uma tarefa desafiadora, abrangendo uma série de fatores intangíveis, tais como a cultura no local em questão e as dinâmicas de poder entre as partes, não havendo respostas

⁸⁷ Deborah Lynn Zutter, *Which Process?*

Disponível em: <http://www.debzutter.com/mediation-process.html>

⁸⁸ Frank E. A. Sander, Lukasz Rozdeiczner, Article. *MATCHING CASES AND DISPUTE RESOLUTION PROCEDURES: DETAILED ANALYSIS LEADING TO A MEDIATION-CENTERED APPROACH*. Harvard Negotiation Law Review. 2006.

definitivas. Porém, sugerem a abordagem da Mediação sempre como um primeiro passo. Assim, perante um conflito deve-se partir da idéia de que o primeiro meio de solução de controvérsias deve ser a Mediação.

Posteriormente, questiona-se se existem situações impeditivas para o uso da Mediação como, por exemplo, se o objetivo de uma ou de ambas as partes só pode ser satisfeito através da adjudicação, se a controvérsia se torna uma questão de princípio, quando se está diante da síndrome "jackpot" (quando uma das partes acredita que litigando terá ganhos muito altos), quando há interesse em se criar precedente, etc. Não havendo situações impeditivas, é fortemente recomendável a utilização da Mediação. Se as há, deve-se ponderar se elas prevalecem sobre os benefícios que a Mediação oferece. Se prevalecerem, recomenda-se utilização de outro meio de solução de conflitos, se não prevalecerem é recomendável o uso de Arbitragem e deste exercício se escolhe o meio mais favorável à resolução do conflito.

Parece-me uma abordagem interessante, onde o recurso aos meios judiciais realiza-se de acordo com situações impeditivas de utilização dos diversos meios de Resolução Alternativa de Litígios amigáveis.

Os executivos devem considerar cuidadosamente os tipos de litígios que possam surgir no âmbito dos contratos que negociam e escolherem um mecanismo de resolução de litígios (ou combinação de mecanismos), que seria o mais adequado para resolver esse tipo de disputa. A falta de escolha leva à abertura à via judicial, onde normalmente um outro meio de resolução de litígios teria mais sucesso.

III – A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS EM EMPRESAS INTERNACIONAIS

1. A crescente complexidade dos conflitos

Todas as relações interpessoais implicam correlação entre pessoas com distintas convicções e crenças, pelo que é natural que ocorram situações em que não se está de acordo. Estes “desentendimentos” levam a conflitos.

O conflito, como fenómeno social, constitui uma constante no relacionamento humano nas sociedades e exprime o choque de elementos contrários, sendo definido como uma discórdia; antagonismo; oposição ou luta entre dois poderes com interesses divergentes cujo objetivo é conseguir vantagens em termos de poder, recursos, interesses, valores ou necessidades.⁸⁹

Outros autores, numa conceção mais clássica e abrangente para o termo conflito, definem-no como “...um intrínseco e inevitável aspeto da mudança das sociedades, como uma expressão da heterogeneidade de interesses, valores e crenças que reside nos constrangimentos gerados pelas revoluções sociais...”⁹⁰

O estado do conflito na sua integralidade levou alguns autores a alegarem que nele participam comportamentos racionais e irracionais, conscientes ou inconscientes, bem como motivações e especulações.⁹¹

Independentemente da definição do conflito que adotemos, o objeto que subjaz à origem do mesmo sofreu uma evolução incontestável, acompanhando a crescente complexidade das relações internacionais. A chave para a supressão de uma situação antagónica vem do exame do seu contexto, de forma comparativa e generalizada.

⁸⁹ Infopédia, Dicionários Porto Editora,
Disponível Online (<http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa-ao/conflito>)

⁹⁰ Miall, 2004, 5, citado em:
Michelle Parlevliet, *Rethinking Conflict Transformation from a Human Rights Perspective*
Disponível Online (http://www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Handbook/Articles/parlevliet_handbook.pdf)

⁹¹ Zulema D. Wilde, Luis M. Gaibrois, Ministério da Justiça, Direção Geral da Administração extrajudicial, *O que é a Mediação*, Agora Publicações, 2003

A atual situação internacional é volátil e complexa, marcada pela heterogeneidade de modelos políticos, culturais e civilizacionais onde os conflitos aparecem como uma constante no relacionamento entre os homens, sociedades e civilizações.

Hoje, alguns teóricos entendem que o grande desafio das sociedades humanas tem sido não a redução da agressividade individual, mas a redução da complexidade do mundo, fomentando uma necessidade de segurança como um valor jurídico central, reclamando uma criação de sistemas que estimulem a previsibilidade e aumentem a confiança do cidadão na resolução das suas disputas⁹².

O objetivo da resolução de conflitos é exatamente transformar um conflito real ou potencialmente violento num processo de mudança política e social não violento. A Resolução Alternativa de Litígios cresceu e firmou-se no contexto do pós-Guerra, constituindo-se como um campo multidisciplinar que possui pontos de contato com saberes tradicionais nomeadamente a Psicologia, a Sociologia, a Antropologia, a Ciência Política, a Filosofia, a Religião e as Relações Internacionais⁹³.

As disputas são uma ocorrência inevitável em transações de qualquer tipo. Porém, em matéria de transações comerciais internacionais os conflitos emergentes apresentam uma nova geografia, movendo-se por uma geopolítica e geoestratégia inovadora que lhes conferem intensidade⁹⁴ e características próprias.

À parte disso, nas últimas décadas, a imigração acentuou o pluralismo das sociedades que tornaram-se assim étnicas e culturalmente diversas, acompanhadas pela crescente importância atribuída a formas alternativas de vida⁹⁵.

⁹² António Manuel Hespanha, *O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009

⁹³ Tom Woodhouse Bradford University, UK Dr. Tamara Duffey Bradford University, UK *Mantenimiento de Paz y Resolución de Conflictos Internacionales*
Disponível Online
(http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/picr/peacekeeping_and_international_conflict_resolution_spanish.pdf)

⁹⁴ Julian D.M. Lew / Loukas A. Mistelis / Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia, Londres, Nova Iorque, Kluwer Law International, 2003

⁹⁵ António Manuel Hespanha, *O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009

Em suma, os negócios internacionais são especialmente vulneráveis à ocorrência de litígios, observando-se diversos fatores que apoiam essa vulnerabilidade.

Os fatores económicos envolvidos nas transações internacionais têm, evidentemente, por base a troca de valores. A diferente valoração de objetos ou serviços pelas partes efetua-se no desequilíbrio monetário entre os contribuidores da transação, havendo diferenças significativas entre preços e custos dentro do mercado mundial, o que potencia a ocorrência de conflitos.

Da mesma forma, os fatores financeiros e monetários, em conexão com o ponto acima exposto culminam em riscos elevados sendo influenciados pelos mercados mundiais.

Todos os fatores políticos, que incluem guerras, revoluções, distúrbios civis, nacionalizações, mudanças de governo ou mesmo mudança de legislação ou regulações permeiam de vulnerabilidades os negócios internacionais.

A multiplicidade de leis, habitual em transações internacionais que englobam diversas jurisdições, pode levar a situações delicadas onde as partes são confrontadas com obrigações mútuas exclusivas.

Além dos fatores anteriores, existem inúmeras barreiras culturais que impedem uma comunicação eficaz entre partes. Uma delas, comumente conhecida, prende-se com a utilização de um idioma estrangeiro. Pelo menos uma das partes terá de se comunicar numa língua estrangeira aumentando o risco de desentendimento ou perda de informação por traduções imperfeitas.

Hoje, com o mundo sob a égide unificadora da globalização, as fronteiras tornaram-se menos evidentes e os países são extraordinariamente permeáveis a novas culturas, o que facilita a integração progressiva dos mercados mundiais. A economia mundial com transações mais rápidas, devido a comunicações quase instantâneas, transportes mais

“movimentos feministas juvenis, ecologistas ou sexualmente dissidentes que traziam consigo propostas novas de viver a vida e m com elas, novas ideias de justiça e novas normas de comportamento”

baratos, multiplicação de empresas transnacionais e espaços desterritorializados (offshores)⁹⁶ dão origem, conseqüentemente, a conflitos cada vez mais complexos.

Os conflitos provenientes destas relações antagônicas no âmbito internacional ficaram progressivamente desprovidos de uma gestão adequada e, deparamo-nos, assim, com o nascimento de uma necessidade real de ampliação dos mecanismos primários existentes para a resolução dos litígios.

Ainda sobre a caracterização dos conflitos, Ingen-Houz estabelece um modelo hipotético que me parece de grande interesse para o tema. Houz equipara-os a um iceberg, efetuando uma analogia na qual refere que conseguimos ver tanto de um conflito quanto vemos de um iceberg - apenas uma pequena parte. Essa pequena ponta perceptível alude ao objeto sobre o qual o conflito recai, mas a sua massa essencial estaria completamente encoberta⁹⁷. Essa massa, por sua vez, representa o cerne de toda a divergência que se encontra totalmente fora de visão. Ora, a verdadeira razão de ser do conflito vai muito além da objetividade - está escondida entre medos, valores ou interesses por vezes negligenciados pelo próprio sujeito.

Esta inacessibilidade ao conflito como um todo faz com que a abordagem dos juristas fique muito aquém de uma resolução satisfatória.

Os juristas são profissionais treinados para observar os fatos objetivos - a ponta do Iceberg. Exercem uma atividade limitada à aplicação da lei, procurando a solução que melhor se adequa aos conceitos aprendidos estabelecidos num ramo do Direito. Este raciocínio, como refere Mariana França Gouveia⁹⁸, é fundamentado em critérios exclusivamente jurídicos, o que muitas vezes falha na percepção da realidade subjetiva.

Esta técnica mostrou-se insuficiente e fez com que estes profissionais, ao longo dos últimos anos, começassem a procurar uma nova forma de lidar com litígio, havendo um

⁹⁶ António Manuel Hespanha, *O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009. P. 428

⁹⁷, Arnold Ingen-Houz, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 339 - 37

⁹⁸ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, P.26-27

esforço considerável em desenvolver estratégias mais eficientes, menos morosas e mais satisfatórias de resolução, incluindo um uso mais extenso e apropriado da Mediação e outros meios alternativos de resolução de litígios.

Neste sentido, o *habitus* jurídico⁹⁹, que tem a sua origem no modo como o campo jurídico está organizado, tem e deve sofrer alterações e a abordagem da Resolução Alternativa de Litígios surge como resposta a esta necessidade, centrando-se num método mais adequado, privilegiando soluções céleres e verdadeiramente satisfatórias para as partes, questionando a hegemonia do direito material legislado e percecionando características não jurídicas mas antes sociais, psicológicas, históricas ou antropológicas.

100

Os meios de resolução alternativa de litígios partem assim de duas perspetivas completamente diferentes:

A *dos direitos* - sendo a perspetiva tradicional jurídica, que debate sobre argumentos legais relacionando-os com o direito material;

A *dos interesses* – sendo uma perspetiva nova para os juristas - baseia-se nos verdadeiros interesses das partes, desconsiderando o que o Direito determina sobre o caso específico, mas buscando a solução mais adequada para as expetativas das partes.

Esta necessidade de uma gestão de conflitos eficaz em negócios internacionais deixa margem à atuação dos novos meios de Resolução de Litígios e apresenta-se como o ponto mais favorável à integração desta metodologia na sociedade atual.

⁹⁹ António Manuel Hespanha, *O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009. P.

“P. Bourdieu realça que o direito institui um conjunto de modos de agir, de se comportar, de avaliar, de falar, de raciocinar, de provar e tirar conclusões. A esta disposição mental que caracteriza aqueles que participam no “campo do direito”, chama Bourdieu do *habitus*, sendo na verdade, um conceito geral, que descreve uma disposição intelectual durável dos participantes de um grupo social.”

¹⁰⁰ Mariana França Gouveia, Resolução alternativa de litígios, Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008, Disponível Online (https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwjKgZrN1_bHAhUD1RQKHcz2CrY&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FMFG_MA_5366.doc&usg=AFQjCNEGMDm5RolcJ3jTN_X5r91zbJI_IA&bvm=bv.102537793,d.bGg)

2. A crise dos sistemas judiciais

O atual ordenamento jurídico, como se disse anteriormente, atravessa um período bastante conturbado. Os tribunais têm vindo a ser duramente criticados há mais de 10 anos, particularmente em Itália, França, Portugal e Espanha, pela sua ineficiência, inacessibilidade, morosidade, custos, falta de responsabilidade e de transparência, privilégios corporativos, entre outros mútuos.¹⁰¹

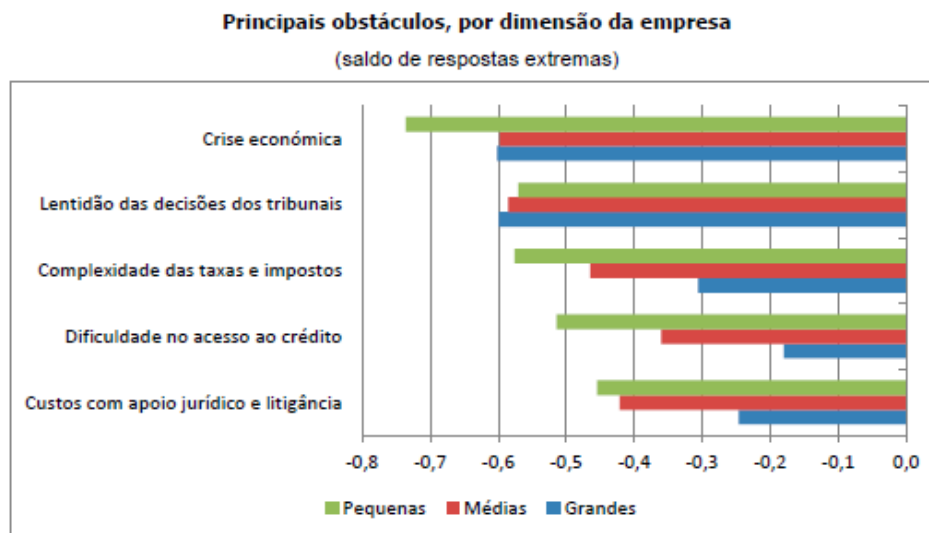
O elevado número de processos atrasa as decisões, o que aumenta a morosidade sobre o processo. A crise e a lentidão judicial são os maiores obstáculos à atividade das empresas que consideram que o sistema judicial português, especificamente, tem muito baixa qualidade no que respeita à previsibilidade e coerência das decisões judiciais.

Resultante de uma parceria entre a Associação Comercial de Lisboa e a Fundação Francisco Manuel dos Santos, Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), procederam a uma análise de alguns dos aspetos mais importantes da “Justiça económica”, designadamente todas as questões legais, processuais e judiciais que dificultam a atividade económica, o investimento e o desenvolvimento. Este Estudo sobre o Direito e a Justiça em Portugal inclui um inquérito aos vários agentes da atividade económica (nomeadamente empresários e juristas) e sublinha uma perspetiva prática resultando em recomendações e propostas de melhoria¹⁰².

¹⁰¹ João Pedroso e João Paulo Dias, *As crises e as reformas da administração da justiça*, Janus 2004
Disponível Online: (http://janusonline.pt/2004/2004_3_4_1.html)

¹⁰² Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal*
Disponível Online: <https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica-em-portugal>
Sendo um dos grandes objetivos da Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (ACL-CCIP) o desenvolvimento das empresas e em particular dos seus associados, nos planos nacionais e internacional, foi realizado o estudo como forma de reflexão séria sobre esta matéria e definir propostas concretas que melhorem significativamente a Justiça económica em Portugal.

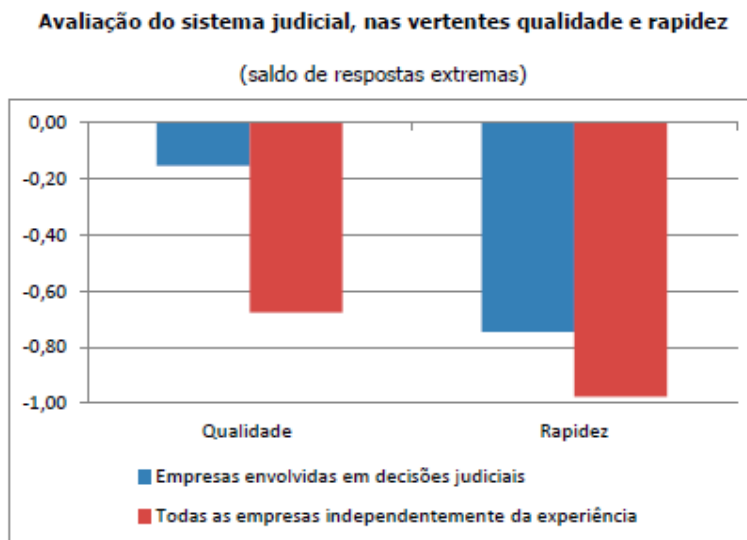
Apresento abaixo alguns gráficos estudados e as suas conclusões.



As empresas portuguesas identificaram a crise económica como o principal obstáculo para o desenvolvimento da sua atividade comercial. Em segundo lugar referem a lentidão das decisões dos tribunais em processos que as envolvem.

O inquérito foi realizado junto de uma amostra de empresas ativas com sede em Portugal continental. Para a constituição da base de amostragem, apenas foram consideradas as empresas com dez ou mais pessoas ao serviço, ou volume de negócios igual ou superior a dois milhões de euros.

Como refere o resumo do Estudo, este teve dois objetivos principais. O primeiro foi o de fazer um diagnóstico do funcionamento da justiça económica em Portugal. Este diagnóstico esteve apoiado em vários instrumentos de pesquisa: uma análise dos ordenamentos jurídicos e da organização da justiça em Portugal e noutros países; visitas a tribunais estrangeiros; entrevistas com empresas, advogados, juizes e organismos representativos de classes profissionais; uma análise econométrica dos fatores determinantes da morosidade das decisões judiciais em ações declarativas e executivas; e um inquérito aplicado a uma amostra representativa das empresas portuguesas. O segundo objetivo foi o de elaborar um conjunto de propostas concretas para a melhoria do funcionamento da justiça económica em Portugal. Estas propostas procuram, por um lado, resolver ou mitigar alguns dos aspetos que, na base do diagnóstico, surgiram como mais problemáticos no funcionamento da justiça económica. Por outro lado, procuram fazê-lo minimizando os custos financeiros associados, ao mesmo tempo que se preservam garantias de justiça e se aumentam a simplicidade, flexibilidade e acessibilidade do sistema para os cidadãos e para as empresas.



Além da crise e da lentidão referidas, a globalidade das empresas avaliou o sistema judicial como tendo baixa qualidade também no tocante à previsibilidade e coerência das decisões judiciais.

Mas não foi só o sistema judicial europeu que se viu nesta difícil posição, não fornecendo respostas satisfatórias às necessidades empresariais. Nos Estados Unidos, vários procedimentos alternativos de resolução de litígios foram ativamente criados e promovidos desde o fim dos anos 60, principalmente por profissionais da justiça, com o objetivo de cobrir as carências do sistema judicial americano. Estes novos procedimentos foram amplamente aceites pelas empresas que procuravam soluções céleres e eficazes.

Esta nova metodologia teve uma origem essencialmente política, surgindo da constatação de que o Direito deveria considerar expressões de vontade. E não pararam de ganhar adeptos nos Estados Unidos e Europa, mais especificamente em Portugal (ainda que a um ritmo mais lento).

Parece evidente a insuficiência global dos mecanismos oficiais de aplicação do Direito no âmbito de conflitos empresariais internacionais, o que conseqüentemente gera o desenvolvimento de resoluções dedicadas a *interesses*, comparativamente mais satisfatórias.

A Resolução Alternativa de Litígios, dita paralela aos métodos tradicionais e não antagónica, é, também, objeto do estudo sobre a justiça económica.

Foram avaliados os processos de Arbitragem, de Mediação e dos julgados de paz, particularmente em termos da qualidade, rapidez e custos que apresentam quando equiparados as decisões judiciais. (A informação recolhida abrange processos em que as empresas estiveram envolvidas entre os anos de 2009 a 2012).

Constatamos pelo Inquérito que apenas 5% do total de empresas estiveram envolvidas em processos de resolução alternativa de litígios durante 2009-2012, mas, se considerarmos somente o segmento das grandes empresas, esta percentagem aumenta para 23%.

Ainda que esta nova metodologia apresente números efetivamente baixos, a maioria das empresas (83%), prefere, se puder escolher, a resolução alternativa de litígios alegando que encontram igual qualidade, menores custos e maior rapidez nesta resolução.

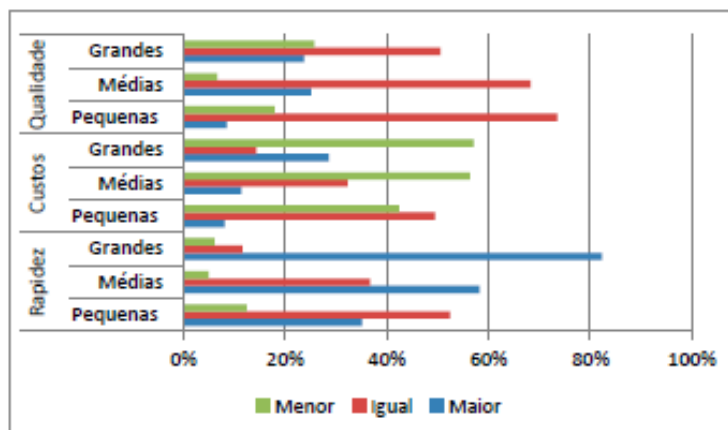
Procedendo à análise das percentagens anteriores, pode dizer-se que o número de empresas envolvidas em processos de resolução alternativa de litígios tem tendência a aumentar exponencialmente.

Certo é, porém, que as grandes empresas terão algum tipo de facilidade de acesso aos meios alternativos de resolução de litígios, uma vez que apresentam uma diferença de percentual notável quando ponderadas individualmente. Esta facilidade pode estar diretamente relacionada a fatores monetários. Justifica-se que sendo uma forma de justiça privada e recente, os árbitros não encontram muita competição sendo pagos a “preço de ouro”, o que afasta a possibilidade de utilização destes métodos por pequenas empresas financeiramente desfavorecidas.

Globalmente, a Arbitragem foi o método mais utilizado pelas grandes empresas (45%). Destaca-se o papel dos julgados de paz para as pequenas empresas representando cerca de 31% do total de processos (ao passo que nas grandes empresas este método atingiu apenas os 14%).

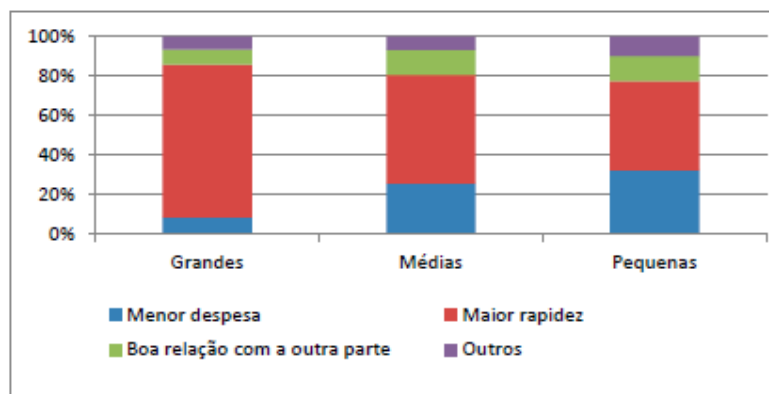
Tendo em consideração a experiência das empresas em contato com estes novos meios, a rapidez foi apontada como a principal razão para a sua preferência.

Resolução alternativa de conflitos/decisões judiciais tradicionais: avaliação da qualidade, custos e rapidez, por dimensão da empresa



É de notar que o fator “Menor Despesa” não é significativo se atendermos às grandes empresas, que, como foi referido, são as que mais utilizam a Arbitragem.

Principais razões de preferência da resolução alternativa de conflitos, por dimensão da empresa



Paralelamente a este estudo, a União Europeia em 2012 realizou um inquérito, com enfoque na área comercial, sobre a utilização dos meios Alternativos de Resolução de Litígios na Europa.¹⁰³

¹⁰³ UE, “Business-To-Business Alternative Dispute Resolution In The Eu, 2012 Fieldwork: March-April 2012

Enunciam-se de seguida as principais conclusões do estudo efetuado pela UE:

Apenas 11% de todas as empresas da UE utilizou alguma forma de Resolução Alternativa de Litígios, enquanto 18% recorreram a tribunais judiciais nesse mesmo ano.

Os Sistemas de Resolução Alternativa de Litígios do estilo da Mediação (consensuais) têm sido utilizados por 9% de todas as empresas da UE, enquanto a Arbitragem tem sido utilizadas por 4% de todas as empresas da UE.

Dos conflitos comerciais emergentes entre empresas, 28% das mesmas utilizaram, pelo menos, um meio de Resolução Alternativa de Litígios.

As empresas estão mais satisfeitas com os procedimentos de Resolução Alternativa de Litígios do que estão com procedimentos judiciais, nomeadamente quando se trata:

- Da duração (51 % vs. 21 %)
- Da simplicidade inerente ao processo (58 % vs. 30%)
- Dos custos (50 % vs. 24 %) do procedimento.

A principal razão para a não utilização da Resolução Alternativa de Litígios é simplesmente a falta de conhecimento sobre a mesma. Salienta-se que cerca de um quinto das empresas não sabe da existência do procedimento de Mediação (20%) ou da Arbitragem (19%).

Outro grupo relevante de empresas expressa não saber como dar início aos procedimentos de Resolução Alternativa de Litígios de Mediação (8%) ou Arbitragem (7%).

Outras justificações apresentadas para a não utilização da Resolução Alternativa de Litígios, mais propriamente da Arbitragem incluem:

- Morosidade (22%)
- Receio de uma solução não eficaz (19%)
- Receio de prejudicar a relação de negócios com a empresa com que discute (17%) - que ironicamente é exatamente uma das vantagens da Resolução Alternativa de Litígios.

Pelo menos 83% das empresas que utilizaram a Mediação e, 74% das empresas que recorreram a Arbitragem voltariam a utilizar estes métodos.

Cumpr agora referir que estes dados da União Europeia nos permite traçar importantes considerações que estão em linha com o estudo da Justiça Económica em Portugal.

A Resolução Alternativa de Litígios encontra-se claramente em desenvolvimento. Apresenta uma percentagem mais baixa quando equiparada à utilização dos tribunais de foro, mas uma percentagem mais elevada quanto à satisfação da resolução obtida o que nos deixa prever o aumento da sua utilização.

A principal razão apontada para a não utilização da Resolução Alternativa de Litígios prende-se com a falta de conhecimento sobre a mesma. A análise deste dado evidencia o aumento gradual previsto para a sua utilização uma vez que “É óbvio, que o conhecimento dos diversos meios de resolução alternativa de litígios vai-se tornando uma ferramenta essencial do trabalho de qualquer jurista”¹⁰⁴ o que culminará consequentemente no aumento da sua utilização.

Seguindo o padrão de análise, ainda que o conhecimento dos diversos meios se vá tornando essencial aos juristas, a entrada deste conhecimento numa empresa dá-se a um ritmo gradualmente mais lento porque o aumento do conhecimento sobre esta nova metodologia dentro do quadro das empresas, advém, na sua grande maioria, de formação especializada, eventos informativos ou de informações exteriores provenientes de terceiros.

Consequentemente, para que esta metodologia faça parte do *DNA* de uma empresa, esta terá de proceder a uma reestruturação e uma mudança do seu pensamento global para que haja abertura a novas informações e, até certo ponto, desenvolvimento e crescimento dos seus meios de resolução. Para que isto seja possível, é necessário um incentivo interno em direção à mudança, que haja uma clara atitude de aceitação por

¹⁰⁴ Mariana França Gouveia, *Curso De Resolução Alternativa De Litígios*, 2011, FDUNL Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_11846.doc

parte de diferentes pessoas e departamentos e, para que essa mudança passe a estar estabilizada dentro da estrutura de empresas, é necessário tempo.

No entanto, como foi referido, é interessante notar que a não utilização da Resolução Alternativa de Litígios esteja tão-somente relacionada com o não conhecimento sobre a mesma, o que poderia mudar drasticamente todos os números atuais.

Outra consideração prende-se com a Mediação, que tem sido o método mais utilizado pelas empresas da União Europeia, mas, curiosamente e como foi referido, um dos motivos para a sua não utilização é exatamente o “medo de arruinar a relação de negócios”. Este fato releva o profundo receio das empresas em optarem por um caminho desconhecido, relacionado com o ponto anterior, a falta de conhecimento sobre estes métodos. Não deixa de ser curioso que a falta de conhecimento de um método tenha dado início a uma ideia que é exatamente antagónica às suas funções.

Por último cabe referir que além dos pontos anteriores, a grande maioria das empresas que utilizaram a Mediação ou a Arbitragem voltariam também a fazê-lo. Este fato corrobora uma previsão segura sobre o aumento do número de casos que se socorrerão desta nova metodologia nos próximos anos.

3. A estratégia jurídica de uma empresa específica

Este estudo de estratégia jurídica foi realizado dentro de uma empresa multinacional da área de Tecnologia da Informação. A empresa, uma das mais antigas nesse ramo, atua hoje em 150 países, fornecendo serviços a médias e grandes empresas e não havendo prestação de serviços a pessoas singulares.

Tem uma história contínua que remonta ao século XIX; com mais de 350.000 colaboradores em todo o mundo e apresenta um lucro anual na casa dos 90 mil milhões de euros e é das principais empresas da sua área que investe em pesquisa e desenvolvimento.

O fato de ter uma atuação tão ampla faz com que o estudo desta empresa, para a área específica da Resolução Alternativa de Litígios, seja um elemento chave para decifrar a evolução destas novas metodologias no âmbito do comércio internacional.

3.1. A resolução de conflitos através do contrato ¹⁰⁵

Na empresa em questão, cada relação económica tem um contrato escrito que define as obrigações e deveres das partes. Este contrato deve permitir que o comprador e o vendedor compartilhem os riscos do projeto e deve ser visto como um entendimento comum para que a relação se desenvolva com maior probabilidade possível de sucesso.

Um contrato deve definir os direitos e obrigações do vendedor e do comprador, o âmbito do projeto e o seu alcance; incluir datas previstas de conclusão, incluir os termos e condições utilizados para determinação do preço e, ainda, o processo a ser utilizado para tratamento de quaisquer disputas contratuais.

A relação contratual deve ser baseada numa compreensão do alcance, requisitos, cronograma de entrega, cronograma de pagamento, direitos, obrigações e termos e condições do projeto previamente estabelecido, criando uma relação de confiança baseada na compreensão e acordo mútuo.

A empresa consegue criar contratos específicos para cada cliente, utilizando sempre por base um contrato geral que inclui os mesmos termos e condições e o mesmo processo a ser utilizado para tratamento de quaisquer disputas contratuais.

Regendo-se por uma vontade intencional de fornecer o mesmo tipo de contrato base para todos os clientes a quem fornece serviços, evita favoritismos. Busca facilitar as relações contratuais fazendo com que todos os contratos, independentemente de com quem ou onde se celebrem, apresentem os mesmos traços gerais.

Para isso utilizam um mesmo contrato (template) base, onde são efetuadas as necessárias alterações de acordo com o projeto que se oferta. Neste contrato aparecem

¹⁰⁵ Informação recolhida em entrevistas com executivos e o departamento jurídico da empresa em Portugal.

pontos previamente aprovados pelo departamento jurídico onde são inseridas posteriormente as especificações de cada caso, sobre o serviço prestado, sem necessidade de nova aprovação legal.

Podemos desta forma adicionar uma pequena descrição sobre o âmbito do projeto e o seu alcance, incluir diferentes datas previstas de conclusão, e diferentes preços, mas mantendo as mesmas condições em todos os contratos celebrados.

A forma normalizada de lidar com os conflitos por esta via de simplificação será sempre a via judicial, em detrimento da Arbitragem, que pressupõe uma convenção arbitral detalhada por contrato.

A autorização para começar e conduzir questões de litígio, é um poder reservado a uma equipe de advogados e outros juristas especializados em gerir litígios. O Grupo de Contencioso é encarregado de proteger os direitos ou interesses envolvidos numa disputa. Em alguns casos, isto implica a defesa da empresa numa ação judicial; em outros casos, envolve responder a pedidos de entidades oficiais nacionais ou internacionais e, ainda em outras situações, envolve aconselhar os clientes sobre os riscos de negócios internos e os custos de ações judiciais, e qual seria a melhor forma de os evitar.

Os contratos são pré redigidos pelo departamento jurídico, havendo contratos específicos por país e por serviço prestado, para que de forma rápida e eficaz se possam efetuar vendas. Este fato foi apresentado pela empresa como um motivo para o afastamento do uso da Arbitragem, uma vez que foi referido que a redação de uma cláusula compromissória para cada contrato específico é um passo impossível para a empresa pois haveria uma necessidade de contratos de serviços complexos com disposições extremamente detalhadas.

Não concordo com a postura e argumento, e retomarei a este assunto no capítulo seguinte, no ponto dedicado ao problema da redação das cláusulas arbitrais.

3.2 Qualificação de meios alternativos de resolução de litígios na empresa em estudo.

Os meios alternativos de resolução de litígios, definidos como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais, não necessitam de uma tipologia fechada. Daí que a inserção de um método nos meios de resolução alternativa de litígios se faça pela negativa: não é judicial¹⁰⁶.

Seguindo esta linha de pensamento, cumpre aqui referir que a empresa estipulou mecanismos internos de resolução de litígios que facilmente se integram nesta ampla definição.

As empresas estão preparadas para investir tempo e dinheiro em procedimentos preliminares, cujo resultado, ainda que incerto, visa a execução pontual do contrato como forma de garantir a manutenção da relação contratual.

Esta tentativa de execução pontual do contrato assume, muitas vezes, maior importância do que a própria disputa.

Podemos assim referir que os meios alternativos de resolução de litígios amigáveis (não incluindo a Arbitragem) são utilizados nesta empresa como uma “ ferramenta de gestão” de conflitos específicos.

A prevenção assume assim uma posição primordial e a finalidade destes meios de resolução prende-se com a garantia de que o contrato funciona corretamente, ao invés de, simplesmente, remediar as consequências de qualquer falha na sua execução.¹⁰⁷

A Empresa estudada dispõe de um *Departamento de Queixa* e de um *Departamento de Reclamações*, ambos criados como instrumentos de um processo interno que visa a tentativa de resolução do conflito como forma a evitar a via judicial. A cooperação dos executivos da empresa para alcançarem uma Conciliação favorável às partes acompanha toda a fase de prevenção.

¹⁰⁶ Mariana França Gouveia, *Resolução Alternativa De Litígios (Negociação, Mediação, Arbitragem, Julgados De Paz)*, Relatório FDUNL, 2008

¹⁰⁷ Jean-François Guillemin, *Chapter 2: Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution* in Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz, et al. (eds), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 21 - 52

3.2.1. O envolvimento dos diretores executivos (Escalation)

O envolvimento de diretores executivos pode verificar-se nos mais diferentes departamentos da empresa e apresenta-se como a primeira tentativa de resolução de conflitos.

Este envolvimento de funcionários de alto escalão é um método que traz à disputa responsáveis que, em princípio, detêm a capacidade para analisar situações complexas bem como o poder para decidir sobre as mesmas.

Estes executivos assumem uma posição negociadora quanto à disputa e oferecem soluções práticas, enquadrando-se assim na ampla definição de meios alternativos de resolução de litígios, sendo um procedimento de resolução de conflito alternativo aos meios judiciais.

O fato de enquadrar executivos, de ambas as partes do conflito (empresa prestadora de serviços e cliente), faz com que as situações se resolvam de forma mais simples e rápida, preservando a relação comercial.

Este processo é conhecido como “*escalation*”, e, quanto mais complexo é o conflito mais elevado na estrutura da empresa estará o executivo que se responsabiliza pela tentativa de conciliação e mais poder de decisão caberá a este indivíduo. A gestão de incidentes sobe posições hierárquicas de acordo com a complexidade do conflito a ser resolvido. Este método fornece às partes a oportunidade de rever as suas pretensões e avaliar através de comunicação efetiva e sem custos adicionais as causas que geraram o conflito.

3.2.2. O Departamento de Queixas

Normalmente, depois do envolvimento dos diretores executivos e, não havendo resolução do problema, há uma queixa dirigida ao departamento de queixas.

O Departamento de Queixas é parte de um processo interno de resolução de litígios para situações onde a prestação de um serviço não se fez de acordo com os requisitos mínimos esperados pela empresa.

Este departamento tem como propósito transformar situações negativas – onde o cumprimento do contrato ou a lealdade do cliente está em risco – em situações positivas através de uma sequência de procedimentos que visam a compensação do cliente.

O seu funcionamento permite economia de tempo na resolução de um conflito iminente, havendo um responsável completamente dedicado à situação, que, trabalhando diretamente com o cliente, procura evitar que o conflito atinja grandes proporções.

O responsável pela resolução inicia o contato com outros profissionais internos da empresa dispondo, de acordo com o tipo de problema que deve ser resolvido, de todo o suporte necessário à resolução do caso.

O processo engloba assim técnicos e especialistas e funciona como um departamento de prevenção.

Conta, além do mais, com uma base de dados mundial com casos antigos e as suas respectivas resoluções para que se possam efetuar comparações com situações anteriores similares.

A satisfação do cliente ao obter uma resolução rápida e eficaz faz com que normalmente a relação contratual seja favoravelmente impulsionada assegurando também, a continuidade do contrato.

Neste departamento, as queixas são divididas em proativas, queixas propriamente ditas e situações críticas. Esta distinção baseia-se nos níveis de tensão causados pelo conflito. Assim, as queixas proativas são as que mais longe se encontram de um litígio e as situações críticas aquelas que já se encontram em situação de pré litígio, sendo muito provável a existência de um processo judicial posterior.

Neste processo a empresa pode detetar uma simples tensão entre partes e envolver prontamente o Departamento de Queixas numa prevenção proativa ou, contrariamente, vir a queixa diretamente do cliente. Independentemente de como a queixa tem entrada no departamento, o responsável prevê um conjunto de possíveis soluções favorecendo sempre o acordo.

O método de resolução nestes casos aproxima-se à negociação, buscando o responsável na função de representação da empresa soluções favoráveis para ambas as partes, porém sem nenhum poder de decisão.

Desta forma, apenas conjuntamente, havendo colaboração entre a empresa e o cliente, é que se pode passar à fase de mapeamento da situação estruturando um caminho preciso para a resolução do problema. O responsável da empresa forma uma equipa de técnicos e especialistas e durante todo o processo adverte o cliente sobre possíveis soluções, conciliando a relação.

A queixa é encerrada sob forma de acordo que satisfaça as condições estipuladas pelo cliente, porém adequada para ambas as partes e assume a forma de contrato independente do contrato que deu origem ao conflito inicial.

3.2.3. O Departamento de Reclamações

De forma equivalente, mas assumindo uma maior responsabilidade quanto à resolução, o departamento de reclamações é responsável por lidar com situações onde o envolvimento dos executivos não foi o suficiente para a resolução do problema. Contrariamente ao departamento de queixas, este departamento lida com situações onde o cliente considera que já houve danos e passa a exigir algum tipo de indemnização.

A diferença em relação ao Departamento de Queixas passa pela intenção desse cliente em pretender algo além da mera reposição do serviço e/ou do produto.

A situação encontra-se no limite entre uma resolução pacífica e um procedimento judicial e o responsável é obrigado a realizar uma análise jurídica a fim de apreender todas as informações disponibilizadas sobre o caso que poderão vir a servir de provas, caso o conflito chegue à via judicial.

Para apresentar uma reclamação, o cliente deve aceder a uma base de dados da empresa, onde fornece toda a documentação que suporta a sua reclamação e um sumário da situação ocorrida.

O responsável pela reclamação da empresa valida todos os documentos apresentados pelo cliente, verificando toda a sequência de acontecimentos e monitoriza toda o ciclo da reclamação.

As reclamações são objeto de auditoria e toda a documentação deve estar de acordo com o processo. O responsável deve também respeitar a divisão de poderes, não

podendo ter estado de alguma forma envolvido com o conflito que deu origem à reclamação.

Cada proposta de acordo redigida pelo responsável tem que ser autorizada por superiores hierárquicos antes de ser apresentada ao cliente. Assim, cada acordo redigido que seja uma potencial solução para o conflito requer em média, dependendo do valor envolvido no negócio, um mínimo de 3 aprovações distintas.

A primeira delas, o responsável pela reclamação, avalia a culpa da empresa na situação descrita. Caso esta se verifique, decide um valor a ser indenizado¹⁰⁸. Uma vez estipulado o valor recomendável e sendo este valor justificado e fundamentado por parecer do responsável, o documento é encaminhado para o responsável pela aprovação do mesmo.

Este responsável confirma e completa, se necessário, a fundamentação redigida pelo responsável inicial sobre forma de proposta de acordo e encaminha, depois de a aprovar, ao terceiro responsável pelas aprovações. Este terceiro elemento, parte do departamento financeiro da empresa, lida com o registro interno da quantia indenizatória acordada.

A reclamação pode ser recusada por qualquer um dos aprovadores acima referidos. Caso isto aconteça, o cliente será notificado através de uma carta detalhada (sendo redigida pelo mesmo executivo que a recusa).

As reclamações são aceites num período máximo de dois anos após o incidente, excetuando situações com uma justificação plausível sobre o atraso, e serão resolvidas num período entre 6 a 8 semanas.

A resolução do conflito realiza-se mediante proposta assinada pelo cliente e pela empresa tendo valor de contrato.

¹⁰⁸ Cabe a este ponto referir que há situações excecionais onde o mesmo acontece ainda que não havendo culpa por parte da empresa, pelos mais variados motivos. A título de exemplo, situações onde preservar a relação com o cliente é mais lucrativo para a empresa ou onde o custo dos procedimentos legais apresentariam maior perda de capital do que a indemnização pedida.

3.2.4. Conclusão sobre os métodos utilizados

Os métodos utilizados pela empresa em questão aproximam-se da figura de negociação (no envolvimento dos executivos, no Departamento de Queixas e no Departamento de Reclamações).

A Negociação é caracterizada como um primeiro passo - sendo iniciada juntamente com a ocorrência do conflito e com o envolvimento dos executivos nessas divergências. Trata-se de lidar diretamente com a pessoa ou organização através de uma cooperação contínua.

Esta cooperação mútua sobre o processo de resolução alimenta a boa-fé quanto ao conteúdo dos acordos. A confiança é construída, o que melhora o entendimento das partes. “Nós e eles tornam-se “nós” para efeitos de Negociação. E a Negociação atual muitas vezes requer esse tipo de colaboração para que seja eficaz.”¹⁰⁹

Parece, pois, indiscutível que a Negociação poderá ser sempre utilizada enquanto facilitadora na resolução de conflitos, independentemente da organização ou da divergência.

A negociação tem como premissa a conveniência das decisões entre as partes pelo mútuo consentimento. Assim, os referidos departamentos tendem a promover e fomentar a cooperação e a autodeterminação atuando os responsáveis como negociadores

Queremos, no entanto, ressaltar que a negociação não se apresenta como uma resolução universal para todas as situações nesta empresa, visto que nem sempre é adequada ou possível.

¹⁰⁹ John Sturrock, *Mediating for the long game*, Core Solutions Group (<http://www.core-solutions.com/blog/mediating-for-the-long-game/>)

IV – DISCUSSÃO SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

Ainda que seja possível estabelecer uma correlação entre os departamentos utilizados pela empresa com a Negociação e Mediação, cabe referir que os métodos mais conhecidas (Arbitragem e a Mediação, feita através de um mediador profissional) não são utilizados pela empresa, que informou não ver vantagens significativas quando em comparação com o sistema judicial.

Sabendo que a empresa, normalmente, apenas em situações excepcionais, utiliza os meios de resolução alternativa de litígios tipificados, cabe fazer uma crítica à sua atual posição, utilizando os dados comparativos e estudos efetuados no âmbito empresarial, apresentando as razões para a utilização destas novas metodologias.

1. Desvantagens referidas pela empresa à utilização dos meios alternativos de Litígios:

As razões definidas pela empresa passam agora a ser explicadas e criticadas como forma a desenvolver uma visão empresarial sobre esta metodologia.

1.1 *O problema da redação de cláusulas arbitrais*

A Arbitragem voluntária advém da vontade, estipulada num contrato, em submeter a tribunais arbitrais os conflitos inerentes à relação contratual. Assim, cada cliente, dependendo das suas intenções quanto à Arbitragem, teria uma cláusula arbitral “feita à medida” do seu negócio¹¹⁰.

¹¹⁰ A convenção de arbitragem pela definição de Barrocas, () () é o acordo pelo qual as partes se vinculam a submeter os litígios existentes ou futuros a um tribunal arbitral.

Manuel Pereira Barrocas (2013), *Lei de arbitragem Comentada*, Edições Almedina, S.A.

De acordo com João Capuers:

A Convenção de Arbitragem é o alicerce da Arbitragem voluntária. Sem Convenção de Arbitragem, não é possível constituir um tribunal arbitral e sem Tribunal Arbitral não existe Arbitragem, nem Sentença

Para introduzir uma cláusula arbitral num contrato, esta deverá ser pensada nos mínimos detalhes, para que o recurso à Arbitragem seja uma vantagem, constituindo um processo sem vícios e ao mesmo tempo, célere. Isto deixa de acontecer quando se detetam pontos em aberto e onde a procura de normas para cobrir as lacunas seja fonte de litígio consumindo assim o seu tempo.

Estas cláusulas, ditas patológicas, comportam redação deficiente, fonte de um vício de vontade. Este pode ser resolvido por via interpretativa mas, às vezes, a redação não permite sequer apreender o sentido útil da convenção, o que leva a que se tenha que remeter o litígio para o Tribunal Estadual.¹¹¹

Há, então, uma necessidade de produção de cláusulas arbitrais fechadas e impecavelmente redigidas, que não deixem “pontas soltas”.

Por outro lado, porém, a experiência também mostra que cláusulas arbitrais muito detalhadas podem ser fontes de dificuldades no momento de se colocar em marcha o procedimento arbitrais. Conduzindo, por vezes, também a cláusulas patológicas, que criam obstáculos para o uso eficiente da Arbitragem. O ideal, portanto, é que se encontre um equilíbrio em que a cláusula arbitral contenha as indicações necessárias para o bom funcionamento da Arbitragem, conforme as escolhas das partes.

Tendo isto como assente é importante referir que a necessidade da redação de cláusulas arbitrais fechadas e impecavelmente redigidas pode ser vista como a principal razão de objeção da empresa à utilização da Arbitragem. Por este motivo, as instituições internacionais de Arbitragem, como a CCI (Camãra do Comércio Internacional), fornecem cláusulas-modelo, que podem ajudar a ultrapassar o referido impasse.

Arbitral. Qualquer estrutura que se organize ou processo que se inicie em vista da pretensa resolução de um litígio, sem que exista Convenção de Arbitragem que os legitime, são juridicamente inexistentes. João Caupers *A Lei De Arbitragem Voluntária No Ordenamento Jurídico Guineense E Português* (Perspetiva Comparada), FDUNL, Disponível em https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAAhUKewj83OCX4NPIAhXIPhQKHfQ&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2Fj_c_MA_18760.ppt&usg=AFQjCNGxRuj_BwzpsG6YE8jZ5nEkHY4cxg&sig2=m-U2PGBaYilJvpOM7kp7Yg

¹¹¹ Iñaki Paiva de Sousa, *A Cláusula Compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual*, Mestrado Forense 2011/2012. P.17 Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

A remissão para as regras de uma instituição internacional de Arbitragem no contrato seria o suficiente para torná-la competente para dirimir o litígio.

Seria possível escolher o local da Arbitragem e o idioma em que se realizaria a Arbitragem, independentemente das regras específicas adotadas para julgar o litígio. Por exemplo, para a escolha do local, bastaria incluir uma cláusula especificando que “*o local da Arbitragem será (Cidade, e País)*”. A escolha da sede deverá, no entanto, considerar alguns fatores, como por exemplo, que seja um terceiro país neutro, que seja signatário da convenção de Nova Iorque, que seja um país com um estatuto moderno de Arbitragem e que forneça a infraestrutura necessária para a realização da mesma.

O lugar da sede da Arbitragem é importante para a definição da arbitrabilidade do litígio, da lei supletiva aplicável à validade da convenção de Arbitragem, das normas do processo arbitral, para o auxílio judicial à Arbitragem, controlo judicial de legalidade do processo e da sentença arbitrais e definição da origem da sentença arbitral para efeitos de execução noutro país, sendo a intervenção dos Tribunais Estaduais no processo arbitral mais do que óbvia. Assim, as partes dum contrato internacional têm o maior interesse em escolher o lugar onde se deve situar a Arbitragem, todavia, na falta de indicação essa escolha cabe ao árbitro (cfr. art. 15.º/ 1 e 3, da LAV).¹¹²

Da mesma forma, para especificar a língua em que a Arbitragem será realizada, bastaria incluir uma cláusula especificando que “*A Arbitragem deverá ser conduzida em Inglês*”.

O idioma assume especial importância podendo evitar que a Arbitragem necessite de tradução, o que poderia levar a perda de informação e aumento de custos. Não se pode afirmar que a língua da Arbitragem terá correspondência com o mesmo utilizado no contrato que dispõe da convenção arbitral, a eleição do idioma deve ser feita expressamente.

¹¹² Iñaki Paiva de Sousa, *A Cláusula Compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual*, Mestrado Forense 2011/2012. P.15
Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

Para que o procedimento seja sigiloso, deve-se inserir também uma cláusula de *confidencialidade*. Passo a citar um exemplo¹¹³:

"The parties agree to keep confidential the existence of the arbitration, the arbitral proceedings, the submissions made by the parties and the decisions made by the arbitral tribunal, including its awards, except as required by the applicable law and to the extent not already in the public domain."

Já a nossa LAV prevê que os árbitros, partes e instituições que promovam com caráter institucionalizado a Arbitragem estão sujeitas ao sigilo e à confidencialidade, excetuando-se tal princípio caso surja a necessidade da defesa de direitos e deveres de comunicação a autoridades (art. 30º n.º 5). Sem embargo, a regra geral é a da possibilidade de publicação das sentenças arbitrais, expurgadas dos elementos identificativos, salvo se houver oposição de qualquer parte (art. 30º n.º 6).

Para uma melhor compreensão da estrutura de cláusula arbitral apresento um modelo que atribui competência a uma instituição arbitral internacional¹¹⁴:

"Todos os litígios decorrentes de ou em conexão com o presente contrato serão resolvidos finalmente sob as Regras de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio por um ou mais árbitros nomeados de acordo com as suas regras.

O local da Arbitragem será [cidade, no país].

O idioma da Arbitragem deverá ser [idioma].

Esta cláusula, incluída em todos os contratos, seria suficiente para atribuir competência à CCI para todos os litígios provenientes dos contratos celebrados e poderia ultrapassar o difícil problema inicial, referido pela empresa em estudo, sobre a redação das cláusulas arbitrais.

¹¹³ Deborah Ruff and Charles Golsong, *Drafting ICC arbitration agreements*
Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/drafting-icc-arbitration-agreements-pdf-118kb-109095.pdf>.

¹¹⁴ Thomas Granier, Avocat à la Cour, McDermott Will & Emery, *Arbitration agreement* - Thomas Granier 6 July 2015

Já o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e da Indústria Portuguesa, de forma mais simplificada, propõe: “ Todos os litígios emergentes deste contrato serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitros nomeados nos termos do Regulamento”.¹¹⁵

Em forma de conclusão, e seguindo Manuel Barrocas¹¹⁶, as partes devem assim entender-se quanto à escolha de uma das modalidades (Arbitragem institucionalizada ou ad hoc); a neutralidade do lugar da sede; a cultura jurídica e contexto legislativo da sede (civil law ou common law); a língua do lugar da sede, do contrato, das testemunhas; a afinidades políticas e/ou hostilidade do país do lugar da sede com uma ou algumas partes; a qualidade da ordem jurídica do lugar da sede relativamente à aceitação da Arbitragem internacional e das suas particularidades; a eficácia dos tribunais do lugar da sede na concessão de apoio à Arbitragem; ao espectro da execução da sentença (isto é, amplitude de países que aceitam a execução de uma sentença, cujo tribunal arbitral esteja sediado no país do lugar escolhido).

Porém, esta forma simplificada de introdução de cláusulas arbitrais traz novos problemas, apresentando especificidades várias em face do contrato tradicional.

Dir-se-á que as necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia levam as empresas a eliminar ou esvaziar consideravelmente as negociações prévias entre as partes. Como explica António Pinto Monteiro¹¹⁷, essas especificidades não podem deixar de ser tidas em conta e consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas prévias e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro.

¹¹⁵ ¹¹⁵ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, Almedina

¹¹⁶ Manuel Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, P. 626

Uma declaração negocial próxima desta é a declaração unilateral de adesão prévia. Em regra, o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais. Mas, pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade, havendo contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais.¹¹⁸

À validade da convenção de Arbitragem são aplicáveis as regras relativas aos negócios jurídicos, em especial aos contratos. De um modo geral, pode-se afirmar que, de acordo com a doutrina dominante, tal inclusão trata-se de simples projetos de cláusulas contratuais cuja força vinculativa depende do consentimento das partes.¹¹⁹ Como explica Mariana França Gouveia¹²⁰, não se trata de cláusula compromissória porque não há contra-parte, fazendo-se a vinculação da empresa perante todos, dirigida a um público não identificado.

A celebração de uma convenção de Arbitragem faz nascer um direito potestativo de qualquer um dos subscritores do acordo em constituir o tribunal arbitral. As partes não só tem direito a que o litígio seja resolvido por Arbitragem, como assim fica obrigado se a parte contrário quiser.

Esta diferença assume importância na medida em que a inclusão de cláusulas contratuais gerais faria com que a mesma tivesse um efeito puramente obrigacional, caso a parte não aceda a celebração da convenção prometida. O que assume importante diferença quanto a jurisdição do tribunal estadual para dirimir eventuais conflitos. A exceção dilatória que implicaria a absolvição do réu da instância não pode ter lugar quando existe meramente promessa de celebração da convenção arbitral.¹²¹

¹¹⁸ António Pinto Monteiro, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais* Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346

¹¹⁹ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, 2006 P.174

¹²⁰ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, P. 126-127

Consequentemente ainda que a tarefa de redação de cláusulas arbitrais seja tarefa espinhosa, estas devem ser redigidas “sob medida” para cada tipo de operação e para cada contrato, conforme as suas especificidades não passando de uma mera promessa de celebração de convenção arbitral¹²² uma vez que não preenche os requisitos de convenção arbitral a declaração unilateral genérica.

Para uma empresa de grande porte que diariamente lida com milhares de requerimentos para prestação de serviços, a necessidade de fornecer cláusulas arbitrais específicas torna-se uma tarefa muito difícil.

1.2. A crescente complexidade das relações contratuais

O procedimento arbitral necessitou de se adaptar à complexidade inerente aos negócios internacionais para garantir a sua eficácia como mecanismo de resolução de disputas.

Como forma de evitar desperdício de tempo e recursos financeiros na hipótese de ser instaurada uma Arbitragem, é conveniente que as regras procedimentais sejam flexíveis e adaptáveis a um cenário de complexidade contratual. Efetivamente, nesse contexto, diversos órgãos de Arbitragem promoveram modificações recentes nas suas regras institucionais. É o caso do London Court of International Arbitration (LCIA), da Central Arbitration Committee (CAC) e da Câmara de Comércio Internacional (ICC). Na ICC as novas regras de Arbitragem entraram em vigor no ano de 2012 com o objetivo de lidar justamente com o cenário de múltiplas partes e múltiplos contratos.

Em breve análise às novidades trazidas pelo Regulamento de Arbitragem da CCI de 2012 verifica-se que, diferentemente do Regulamento anterior, que exigia apenas uma declaração de independência, neste novo Regulamento, os árbitros nomeados deverão assinar uma declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência. Na prática, a exigência de compromisso com a disponibilidade durante todo o procedimento arbitral é bastante relevante, considerando que os árbitros comumente mais requisitados

¹²² Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, P.127

trabalham em várias arbitragens simultaneamente, o que pode comprometer a capacidade de resolverem as disputas de forma célere e eficiente¹²³.

Outra novidade importante é a possibilidade de nomeação de um árbitro de emergência, antes do tribunal arbitral ser constituído, para proferir medidas urgentes, que poderão ser posteriormente alteradas, revogadas ou anuladas pelo tribunal arbitral, assim que constituído. A possibilidade de nomeação deste árbitro de emergência está restrita somente ao conflito relativo a convenções de Arbitragem assinadas após a entrada em vigor do novo Regulamento, isto é, de 1º de janeiro de 2012 em diante. Todavia não será aplicável se as partes optarem expressamente pela exclusão das disposições sobre o árbitro de emergência, ou se preferirem a aplicação de outro procedimento pré-arbitral similar, a exemplo do previsto pelo Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral da própria CCI, editado em 1º de janeiro de 1990. As disposições sobre o árbitro de emergência do novo Regulamento não impedem que as partes requeiram medidas cautelares às autoridades judiciais competentes.

¹²³ João Caupers, *A Lei De Arbitragem Voluntária No Ordenamento Jurídico Guineense E Português* (Perspetiva Comparada), FDUNL

Disponível em

https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAAhUKEwj83OCX4NPIAhXIPhQKHYMDBfQ&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2Fjc_MA_18760.ppt&usg=AFQjCNGxRuj_BwzpsG6YE8jZ5nEkHY4cxg&sig2=m-U2PGBaYiIJvpOM7kp7Yg

Dispõe o n.º 9 do art.10.º, da LAV, que só podem ser nomeados os árbitros que disponham de tempo necessário para cumprir a sua missão.

Embora o mesmo não ressalte da formulação literal da norma, mas ao referir-se a “*árbitros que disponham de tempo...*” ela parece restringir a possibilidade de escolha de árbitros às pessoas singulares que, a *fortiori*, estejam no pleno gozo da sua capacidade jurídica.

No momento da sua nomeação pela entidade autorizada, o árbitro deve comunicar as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua independência na avaliação das partes. Dever esse que se mantém ao longo de todo o processo arbitral (vide, n.ºs 2 e 4 do art. 11.º).

Tratando-se de recusa fundada na falta de independência (ou mais rigorosamente de imparcialidade) ou ainda noutros motivos quaisquer, a demanda deve juntar declaração que contenha os factos ou circunstâncias em que ela se baseia, nos termos do n.º 5 do artigo citado.

Outrossim, se algum dos árbitros falecer, se escusar ou ficar permanentemente impossibilitado de exercer as suas funções, ou ainda se a sua designação ficar sem efeito, proceder-se-á à sua substituição segundo as regras aplicáveis à nomeação ou designação, *mutatis mutandis*.

Em relação aos conflitos que envolvam múltiplas partes e múltiplos contratos¹²⁴, o novo Regulamento ampliou a possibilidade de cumulação de partes e pedidos, com as seguintes disposições:

- I. Partes adicionais podem ser integradas no procedimento, antes da confirmação dos árbitros, ainda que não sejam signatárias da convenção de Arbitragem;
- II. Em arbitragens com múltiplas partes podem coexistir diversos pedidos;
- III. Pedidos oriundos de múltiplos contratos podem ser resolvidos numa única Arbitragem, independentemente de estarem fundadas em uma ou mais convenções de Arbitragem;
- IV. A Corte da CCI poderá apensar duas ou mais arbitragens num único procedimento se as partes concordarem ou se todas as pretensões forem formuladas com base na mesma convenção de Arbitragem, ou, caso haja mais de uma convenção de Arbitragem, que estas envolvam as mesmas partes, que as disputas sejam relacionadas com a mesma relação jurídica (i.e. transação económica) e que a Corte entenda que as convenções de Arbitragem são compatíveis.

A título de exemplo, se houver a possibilidade de que uma disputa entre o contratante e o contratado afete também a relação com um subcontratado, sendo

¹²⁴ Mariana França Gouveia, Jorge Morais de Carvalho, *Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano IV - 2011

A cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem. Salvo convenção em contrário (i) a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem, (ii) A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até a aceitação do primeiro árbitro ou, com o acordo de todos os árbitros, até à prolação da sentença arbitral. (iii) A convenção da arbitragem pode ser revogada pelas partes, até a prolação da sentença arbitral. (iiii) o acordo das partes previsto supra deve revestir a forma escrita, observando-se o disposto no art.2.º da LAV.

Caupers, *A Lei De Arbitragem Voluntária No Ordenamento Jurídico Guineense E Português (Perspetiva Comparada)*, FDUNL

Disponível em

https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAAhUKewj83OCX4NPIAhXIPhQKHMYMDBfQ&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fmasc_MA_18760.ppt&usq=AFQjCNGxRuj_BwzpsG6YE8jZ5nEkHY4cxg&sig2=m-U2PGBaYiIJvpOM7kp7Yg

conveniente que tudo seja discutido num mesmo procedimento, é recomendável que as cláusulas arbitrais inseridas nos diversos contratos sejam compatíveis, isto é, contenham as mesmas escolhas quanto às regras procedimentais, composição do Tribunal Arbitral, língua, lei aplicável, etc. Além disso, é importante também deixar claro o consentimento das partes para que eventuais procedimentos arbitrais paralelos, se necessário, possam ser consolidados num só.

Neste mesmo sentido temos o artigo 8º da LCIA que possibilita a cumulação de partes e pedidos reservando-se o direito de nomeação dos árbitros por falta de acordo entre as partes na nomeação.

Neste mesmo sentido vai ainda o Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial, ao estipular como regra, no seu artigo 9º que o presidente do Centro efetua a designação do árbitro que deveria ter disso indicado pela parte plural¹²⁵.

Por isso, no momento de redigir um contrato que integre uma rede contratual, recomenda-se a avaliação de todos os cenários de possíveis disputas e adequar as cláusulas arbitrais a esses cenários.

1.3. Os elevados honorários dos árbitros

Por fim, merece destaque que o tribunal arbitral e as partes deverão envidar todos os esforços para conduzir a Arbitragem de forma expedita e menos custosa possível¹²⁶.

¹²⁵ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, P.268

¹²⁶ L.A.V: CAPÍTULO IV Da decisão arbitral,

ARTIGO 19º:

2 - Será de seis meses o prazo para a decisão, se outra coisa não resultar do acordo das partes, nos termos do número anterior.

5 - Os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados.

Ainda assim, o elevado custo dos árbitros foi referido pelo departamento Jurídico da empresa em estudo como ponto determinante para a exclusão da utilização dos tribunais arbitrais.

No estudo sobre A Justiça Económica em Portugal, numa entrevista realizada a um advogado, este refere que, “a Arbitragem vai ter de provavelmente resolver um problema que é o problema do seu custo. Com a crise, ou os árbitros e os centros têm alguma flexibilidade nas tabelas de honorários ou vamos assistir a uma redução dos litígios arbitrais.”¹²⁷

Os juízes-árbitros são escolhidos pelas partes em conflito de acordo com as suas competências técnicas, podendo ser juristas, economistas, fiscalistas, médicos, engenheiros ou de qualquer outra formação.

Nos vinte centros de Arbitragem nacionais, reconhecidos pelo Estado, existe, uma lista com os nomes de juízes que as partes podem escolher, e uma tabela de referência para os seus honorários. A lista dos nomes não é no entanto fechada, podendo as partes escolher os árbitros livremente, ainda que não constem da mesma. Não havendo acordo, a nomeação é feita pelo presidente do respetivo centro.

Segundo a tabela, cada árbitro pode auferir, por caso, mais de 80 mil euros, se o litígio for de valor superior a quarenta milhões de euros. Esta relação monetária não é absoluta mas permite uma análise correlativa.

Na Arbitragem de consumo a realidade é distinta. Aqui, os valores em disputa são baixos. Por isso, é usual haver árbitro único residente, que auferem um ordenado mensal.

Na CCI, a título de exemplo, o pedido para arbitrar dirigido ao centro deve ser acompanhado de um depósito de três mil dólares e os custos da Arbitragem serão proporcionais aos valores da disputa podendo chegar aos milhões de euros.

¹²⁷ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal, Entrevista a empresas, advogados, juízes e entidades representativas do setor.*

1.4. *A Arbitragem por equidade e a irrecorribilidade das sentenças arbitrais*

Outra das desvantagens referida pelo departamento jurídico da empresa em questão prende-se com o fato de que normalmente os clientes pedem a realização da Arbitragem por equidade. Ou seja, a autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolvia a renúncia aos recursos, embora seja possível requerer a anulação da sentença arbitral – direito que é irrenunciável.

O risco relacionado com a irrecorribilidade do julgamento arbitral julgado pela equidade distancia a empresa do uso da Arbitragem, estando normalmente milhões de euros envolvidos no litígio. Assim, as decisões irrecorríveis não são vistas, de forma alguma, como vantagens para empresas deste porte.

Na nova LAV, esta irrecobibilidade está também presente e, a impossibilidade de, em alguns casos, se interpor recurso para um tribunal público, bem como um certo “secretismo” associado às decisões, leva algumas empresas e particulares a falar em privatização da justiça. A ideia de privatização dos serviços de justiça é associada à ausência de mecanismos de fiscalização e de falta de transparência destes meios alternativos de resolução de litígios¹²⁸.

No entanto, a irrecobibilidade das sentenças é fruto do desenvolvimento da prática arbitral, como refere Augusto Torbay, “a doutrina consciencializou-se para o facto de que o recurso aos tribunais estaduais para resolução do impasse implicaria sempre uma limitação no desenvolvimento do conceito de Arbitragem e significaria uma séria depreciação do tribunal arbitral. Por outro lado, tal solução possibilitaria a promoção de manobras dilatórias, pois qualquer parte que estivesse relutante em dirigir-se à Arbitragem, com vista a travar o seu processo, poderia impugnar de má-fé a competência do tribunal arbitral, implicando uma grave dilação na conclusão do processo.”¹²⁹

¹²⁸ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal Entrevista a empresas, advogados, juizes e entidades representativas do setor*.

¹²⁹ Augusto Torbay, *A Competência do Tribunal Arbitral - A evolução da consagração do princípio "competência-competência" à luz das recentes reformas legislativas*. Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

1.5. Reduzido número de ações judiciais em Tribunal

Cabe frisar que empresas de grande porte normalmente não permitem que os seus conflitos cheguem aos tribunais. São raras as divergências que se transformam em processo contencioso, uma vez que toda a empresa está estruturada de forma a passar por várias tentativas de resolução antes de desencadear uma ação judicial.

Uma vez que a empresa contrata com médias e grandes empresas, a relação entre cliente - fornecedor normalmente é de extrema importância para ambas e exige-se o maior esforço possível na manutenção dessas relações comerciais.

Este ponto apresenta-se como uma das maiores vantagens existente na utilização da Mediação por parte da empresa.

2. Crítica à posição adotada pela empresa: Vantagens empresariais sobre a utilização dos meios de Resolução Alternativa de Litígios (Análise do Caso IBM vs. Fujitsu).

O caso **IBM vs. Fujitsu**¹³⁰ é um exemplo particularmente interessante da extensa utilidade que Arbitragem internacional pode assumir. Em primeiro lugar pela utilização e combinação de técnicas inovadoras de resolução de litígios, que projeta um procedimento específico e, em segundo, pelo seu uso numa disputa muito complexa onde o diálogo inter-relação e a Negociação entre as partes e conseqüente julgamento por um terceiro neutro é de extrema importância.

O caso tornou-se um marco histórico, ilustrando de forma perfeita a progressão do uso da Arbitragem em empresas multinacionais.

O conflito tem início numa disputa referente à propriedade intelectual de um software. O procedimento seguido é um excelente exemplo de como a Arbitragem é

¹³⁰Jailys Tovar, Ensayo sobre la Negociación, Berkeley Technology Law Journal, The Use of Arbitration in copyright Disputes: IBM v. Fujitsu
Disponível Online (<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=btlj>)

adaptada às particularidades e controvérsias do caso e como esta técnica pode ser integrada no âmbito comercial internacional.¹³¹

Este processo foi excepcional em muitos sentidos.

Em primeiro lugar, as dimensões do conflito, tanto referente ao tamanho das empresas em questão quanto a complexidade do mesmo. A IBM, maior empresa de computadores do mundo, e a FUJITSU, maior fabricante de computadores do Japão e o quarto maior do mundo, discutiam pedidos que envolveram os direitos de propriedade de milhares de programas de software de computador e supostos danos no valor de várias centenas de milhões de dólares.

Em segundo lugar, as questões decididas foram além do âmbito comum da resolução de litígios. Os árbitros foram convidados a conceber um regime para reger a relação entre as duas partes para os dez anos seguintes ao processo, e foram considerados competentes para resolver os litígios adicionais decorrentes do relacionamento comercial entre as partes.

Em terceiro lugar, a controvérsia tocou uma série de questões jurídicas não resolvidas, que foram ainda mais complicadas pela escala global de operações das empresas e as implicações interculturais da disputa complicaram ainda mais o caso. Este problema é ilustrado pelo fato de o conceito de propriedade intelectual e a sua correlação com o conceito de livre competição não tinham correspondência nas ordens jurídicas dos Estados Unidos e do Japão.

Finalmente, dada a dimensão e a complexidade do caso, a rapidez de resolução foi surpreendente, havendo uma sentença em pouco mais de dois anos.

Uma Arbitragem ideal em TI (Tecnologias da Informação) é rápida, flexível e apoiada em conhecimentos sólidos. Assim se atendem os dois fins da resolução litígios: segurança jurídica e efetividade¹³². Tão importante quanto a rapidez é a excelência da sentença.

¹³¹ A arbitragem “internacional”, já previamente discutida, é definida por um critério subjetivo e objetivo, seguindo a definição da UNCITRAL

¹³² Numa proposta que parece interessante, o professor Castro Mendes apontava cinco como os mais essenciais: dispositivo, contraditório, legalidade, tutela provisória da aparência e submissão aos limites substantivos. Direito Processual Civil, I Vol, ed. AAFDL, pgs. 181-228.

As diferentes abordagens ao direito de propriedade intelectual nos dois países criaram para o comércio e para a gestão da empresa um problema de grandes dimensões. O recurso a Arbitragem possibilitou uma discussão detalhada e técnica sobre os conflitos, podendo assim as partes, gozar de uma resolução tecnicamente específica para a divergência. “Não há justiça sem conhecimento” (George Sand).¹³³

O jurista, por definição, é um leigo em tudo exceto no que diz respeito ao Direito. Por outro lado, cientistas e técnicos são leigos em Direito. O ideal, como é tradição na Resolução Alternativa de Litígios e, mais propriamente na Arbitragem, é que essa *expertise* seja combinada com especialistas de todas as áreas envolvidas.

Ainda referente ao ato voluntário de submissão a um procedimento arbitral, é de extrema importância para o tema em estudo referir a este ponto o contínuo aumento da aceitação da Resolução Alternativa de Litígios pelo mundo jurídico. É cada vez mais frequente existirem casos em que o próprio tribunal judicial remete o litígio à Arbitragem respeitando uma Convenção Arbitral ainda que insuficientemente redigida. O caso da *Lusacell's vs. IBM*¹³⁴ é um exemplo clássico da aceitação atual deste princípio, onde o juiz

¹³³ The Monthly chronicle; a national jornal, George sand Citation, Disponível Online:

https://books.google.pt/books?id=u0IFAAAAQAAJ&pg=PA116&lpg=PA116&dq=george+sand+there+is+no+justice+without+knowledge&source=bl&ots=8CrfmVFC8d&sig=ilPhE0ZwvDEKNrVwn2MTorF0wgl&hl=pt-PT&sa=X&ved=0CCIQ6AEwAGoVChMIw5C0rZ_5xwIVwjkaCh2cXQwY#v=onepage&q=george%20sand%20there%20is%20no%20justice%20without%20knowledge&f=false

¹³⁴ *Lusacell's* teve uma ação de 2,5 Mil Milhões de Dólares suspensa devido à arbitragem.

Em Novembro de 2014, o Tribunal Distrital de Nova Iorque suspendeu uma ação contra a IBM com fundamentos de que a ação estaria relacionada com questões pendentes de decisão arbitral.

A IBM México iniciou uma arbitragem, e posteriormente, a *Lusacell* instaura ação no Tribunal Distrital de Nova Iorque, que suspende a ação, aplicando o efeito negativo do tribunal arbitral.

A IBM demonstrou que havia pretensões do objeto da arbitragem relacionados diretamente com a ação apresentada no Tribunal Distrital e que as mesmas, por convenção, deveriam ser decididas com recurso à arbitragem.

Disponível Online:

<http://www.reuters.com/article/2014/11/14/ibm-mexico-idUSL2N0T42XE20141114>

<http://www.quinnemanuel.com/the-firm/our-notable-victories/victory-february-2015-court-stays-lawsuit-against-ibm-pending-resolution-of-related-international-arbitration-involving-an-ibm-subsiary/lusacell's-2.5-bln-suit-against-ibm-on-hold-due-to-arbitration>

do tribunal jurisdicional remeteu o caso à Arbitragem por haver questões centrais prévias pendentes perante à CCI.

A especificidade da resolução conseguida através da Arbitragem resulta num dos maiores trunfos e joga a favor da utilização deste meio de resolução de litígios por qualquer empresa prestadora de serviços, que podem assim usufruir de uma resolução de conflitos específica para o serviço por si prestado.

O processo de Arbitragem deste caso apresentou diversas e variadas vantagens quando equiparada ao processo judicial tradicional. Cumpre comentar algumas delas.

2.1. A seleção dos árbitros no caso em estudo:

A IBM nomeou John Jones, um especialista aposentado em sistemas tecnológicos para presidir a Arbitragem. A Fujitsu escolheu Robert Mnookin, professor de Stanford Law School e um especialista em resolução alternativa de litígios. A vantagem de escolha dos árbitros possibilitou a nomeação de pessoas com conhecimentos especializadas em software e a parte de Direitos de Autor. Muitos juízes não têm conhecimento de tecnologias de informação, o que dificulta a representação, especialmente em casos de proteção de direitos de autor de software. Os árbitros, familiarizados com a tecnologia informática, são, efetivamente, mais propensos a compreender os problemas únicos envolvidos com sua proteção.

2.2. Processos flexíveis:

Nas primeiras sessões da Arbitragem IBM vs. Fujitsu, estavam presentes seis a dez advogados de cada lado, bem como entre vinte e cinco a quarenta funcionários das duas empresas. Pouco progresso foi feito no âmbito desse regime, mas a Arbitragem deu às partes a flexibilidade para reduzir posteriormente o número de pessoas envolvidas. Isso facilitou a rapidez e também reduziu os custos da mesma.

Os árbitros tiveram de examinar um grande número de alegações e provas. No entanto, a decisão dos árbitros em não analisar cada uma das centenas de programas envolvidos reduziu a quantidade de documentos produzidos e o alcance da decisão final. Assim, dado o âmbito do processo, a produção de prova era muito mais limitada do que no contencioso normal.

A vasta informação oferecida nesse processo permitiu aos árbitros um poder de decisão assertivo e eficiente.

2.3. *Confidencialidade:*

Os detalhes da disputa pela IBM vs. Fujitsu foram envoltos em segredo. As audiências eram privadas e os árbitros ordenaram que as empresas mantivessem todo o caso confidencial enquanto a Arbitragem decorria. Por autorização expressa das partes, os árbitros revelaram, parcialmente, alguns detalhes, somente porque a Fujitsu quis tranquilizar os seus clientes e informá-los atempadamente de que a empresa não tinha perdido o direito de usar, suportar e melhorar os seus programas, e que continuaria a manter os seus produtos compatíveis com computadores IBM. No entanto, muitos elementos da decisão permanecem até hoje confidenciais.

2.4. *Celeridade*

A disputa entre a IBM e a Fujitsu levou vinte e seis meses a ser resolvida, a partir do requerimento inicial de Arbitragem até ao anúncio da decisão dos árbitros. Os árbitros escreveram e publicaram uma sentença após a autorização expressa das partes. Essa elaboração do parecer foi muito célere se comparada aos processos globais similares e com a complexidade do caso em questão.

2.5. Custos

Ainda que não sejam conhecidos os números oficiais das despesas da Arbitragem IBM vs. Fujitsu, as partes seguramente teriam incorrido em despesas de milhões de dólares em honorários legais. O litígio entre as partes poderia ter-se arrastado por anos, e não por apenas vinte e seis meses, o que teria aumentado consideravelmente os custos.

Embora sejam referidos custos elevados, considera-se, de forma geral, que fazendo um balanço entre os custos e a celeridade das decisões, esta última é a mais importante. Esse é o fator decisivo que leva à escolha da Arbitragem.¹³⁵

2.6. Outras considerações

A Arbitragem internacional é um mecanismo criado especialmente para a resolução final e vinculativa de litígios provenientes de um relacionamento contratual, por árbitros independentes, e de acordo com os procedimentos e estruturas jurídicas que podem ser escolhidas direta ou indiretamente pelas partes.

Desde a aprovação da Convenção de Nova Iorque de 1958, as sentenças arbitrais estrangeiras são reconhecidas e executadas internacionalmente, o que contribuiu em grande escala para que este sistema seja cada vez melhor aceite entre as empresas internacionais.

Os processos arbitrais são reconhecidamente mais céleres mas não gozam do benefício de serem tomados como processos economicamente mais viáveis quando em comparação com os processos judiciais. Ainda assim, a celeridade do processo assume atualmente maior relevo do que a morosidade.

¹³⁵ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal* Entrevista a empresas, advogados, juízes e entidades representativas do setor.

As vantagens e desvantagens comparativas de Arbitragem internacional em oposição ao processo judicial foram sempre muito debatidas mas, atualmente o parecer mudou fortemente, sendo favorável à Arbitragem internacional.

Embora existam muitas razões pelas quais as partes passam a optar pela Arbitragem internacional em detrimento dos tribunais nacionais como sistema de resolução de litígios, a verdade é que, em muitas áreas do comércio internacional, a Arbitragem é a única opção viável. São estes os casos onde, por exemplo, os tribunais nacionais de um país específico são ainda considerados inexperientes, pouco confiáveis, ineficientes ou até parciais. Nestas situações, esta nova metodologia surge como um mecanismo ativo e essencial para as empresas.

V – CONCLUSÃO

“Every conflict we face in life is rich with positive and negative potential. It can be a source of inspiration, enlightenment, learning, transformation, and growth—or rage, fear, shame, entrapment, and resistance. The choice is not up to our opponents, but to us, and our willingness to face and work through them.” – Kenneth Cloke and Joan Goldsmith¹³⁶

Depois de terem sido introduzidos os conceitos mais utilizados da resolução alternativa de litígios, foi possível proceder a uma análise dos mesmos sob o ponto de vista empresarial, através de entrevistas aos executivos e departamento jurídico de uma empresa específica em estudo.

Foi então perceptível a divergência existente sobre a apreensão inicial que temos dos diversos métodos de resolução alternativa de litígios e os pontos de vistas da empresa sobre os mesmos.

Esta temática encontra-se, evidentemente, em desenvolvimento e, atualmente, a principal razão apresentada para a sua não utilização, é a simples falta de conhecimento¹³⁷. No entanto, este fato foi contestado pela empresa em estudo que referiu que as desvantagens adjacentes a estes meios, e, principalmente, relacionadas com a arbitragem são as principais razões para a sua exclusão.

Estas formas alternativas de resolução de conflitos foram contestadas por apresentarem desvantagens no âmbito do comércio internacional. Mais propriamente,

¹³⁶Amnesty International

Disponível Online: (http://www.amnesty.ca/sites/default/files/quick_guide_for_members_-_responding_to_conflict_at_aicses.pdf)

¹³⁷ As opiniões recolhidas durante as entrevistas acerca da arbitragem revelam que uma parte dos entrevistados desconhece este meio de resolução extrajudicial de conflitos. No caso das empresas portuguesas, o recurso à arbitragem e à inclusão de cláusulas arbitrais nos seus contratos predomina nos contratos internacionais e nas situações que envolvem investimento de capital estrangeiro. Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), A Justiça Económica em Portugal

por ser visto como uma desvantagem a falta de direito a novo julgamento ou recurso, além do excessivo preço a ser pago aos operadores destes novos mecanismos, sem se falar, como refere José Luís Bolzan de Moraes, do risco de constituição de uma nova elite burocrática corporativa (os árbitros, mediadores, conciliadores, etc.).¹³⁸

*Business people and corporate counsel often seem not to pay much attention to their choice of dispute resolution mechanism when negotiating a contract. They often seem to treat dispute resolution as just part of the contractual “boilerplate”.*¹³⁹

Não obstante às suas divergências, certo é que esta metodologia nasce como resposta a uma necessidade efetiva. O débil estado da justiça não cumpre atualmente o objetivo de prestação de um serviço adequado ao cidadão. Acessibilidade, proximidade, celeridade, equidade e eficácia são características que hoje se enunciam como formulário para a realização de uma justiça modernizada¹⁴⁰. O processo judicial revela-se muito demorado e distante das partes e sente-se como urgente a necessidade de utilização de novos métodos capazes de facilitar o acesso a justiça, principalmente por aqueles que participam de uma vida social e económica mais dinâmica, nomeadamente as empresas¹⁴¹.

Por outro lado, a crescente complexidade dos conflitos, consequência do assombroso crescimento da economia global, torna ineficaz a resolução de litígios que não tem em conta a perceção da realidade subjetiva, nomeadamente a via judicial que atua com vista ao restabelecimento de direitos, completamente fechada a interesses.

¹³⁸ José Luís Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*!1999. P.96

¹³⁹ Stephen Antle, *Choosing A Dispute Resolution Mechanism*
Disponível em: http://www.blg.com/en/NewsAndPublications/Documents/Publication_3122.pdf

¹⁴⁰ Isabel Mendes Cabeçadas, Ministério Da Justiça, Direção Feral Da Administração Extrajudiciais, li Conferencia, Marl

¹⁴¹ António Manuel Hespanha, O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009.P.379

Não se pretende com esta dissertação sustentar que os meios alternativos de resolução de litígios são sempre a melhor solução para todos os conflitos, mas analisar quais são as razões que levam as empresas a escolher esta metodologia como prevenção mas, prosseguir, preferencialmente, pela via judicial como meios de resolução definitiva de conflitos.

Conclui-se que a arbitragem em negócios internacionais, cumpre atualmente a mesma função da via judicial, proporcionando um fórum neutro para razoavelmente decidir de que direito. Contudo, adiciona vantagens em comparação a mesma como a possibilidade de escolha dos árbitros, a confidencialidade dos procedimentos, e a facilidade de execução das sentenças arbitrais que se culmina na oportunidade de se economizar tempo e dinheiro.

Estas vantagens, que não podem ser subestimadas na prática de resolução alternativa de litígios comerciais internacionais, fazem da Arbitragem um "serviço básico" para o comércio internacional.¹⁴² Revela-se pois como um fenómeno dinâmico, em evolução constante, pautado pelas exigências da prática dos seus operadores a nível internacional.¹⁴³

Muito embora seja patente a tendência evolutiva da Arbitragem no sentido da consciencialização para o ideal de um processo arbitral autónomo, principalmente no que se refere à Arbitragem transnacional, a irrecobabilidade das decisões e a difícil tarefa de produção de cláusulas arbitrais, acabam por intensificar o receio existente quanto à sua utilização.

Na minha opinião, é de salientar que, além das desvantagens referidas pela empresa em estudo, a Arbitragem perdeu a sua leveza inicial, tornando-se cada vez mais

¹⁴² Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business* (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 13 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 69 - 104

¹⁴³ Augusto Torbay, *A Competência do Tribunal Arbitral - A evolução da consagração do princípio "competência-competência" à luz das recentes reformas legislativas*. Disponível em <http://arbitragem.pt/estudos/>

semelhante à penosa via judicial, apresentando uma estrutura onde prevalece cada vez mais a formalidade e onde a burocracia assume cada vez mais relevo.

Contrariamente a este sistema, mais próximas dos processos quotidianos de composição de conflitos estão a Conciliação e a Mediação, onde as partes têm o controlo dos resultados ao negociar um acordo vinculativo, win-win (onde ambas as partes retiram algum benefício), baseado na lei aplicável no contrato das partes. Estes, pondo em foco o verdadeiro interesse das partes e sendo totalmente baseados num aperfeiçoamento da comunicação, poderiam, no meu entender, ser a melhor forma de resolução de litígios possível para uma empresa internacional.

Estes meios, menos burocráticos e centrados na obtenção de uma solução segundo as regras de bom senso e justiça comunitária dominantes em prejuízo da resolução segundo o direito¹⁴⁴ abrem caminho à resolução pacífica, rápida e eficaz de conflitos. No entanto, são culturalmente vistos como meios de prevenção e não como forma definitiva de resolução.

As empresas, de forma geral, e Portugal, de forma mais específica não têm nenhuma cultura de Mediação, Negociação ou Conciliação não judicial. Ainda que nos estudos existentes sobre estas metodologias a maior parte das empresas veja vantagens nos meios amigáveis de Resolução Alternativa de Litígios, afirmando preferi-los em relação aos meios judiciais, e ainda que, a generalidade dos entrevistados seja favorável ao alargamento da utilização da Mediação e da Conciliação¹⁴⁵, a falta de cultura sobre estas novas formas de resolução torna a sua inserção na sociedade uma tarefa árdua e incrivelmente lenta.

¹⁴⁴ António Manuel Hespanha, O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009. P.393

¹⁴⁵ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães (direção científica), e Jorge Morais de Carvalho (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal Síntese e Propostas*

De acordo com as opiniões recolhidas, a Mediação assume uma tarefa importante ao reter um conjunto de litígios que são resolvidos numa fase inicial, não chegando a entrar nos tribunais. Os próprios juízes entendem que a fase pré-judicial devia ser mais incentivada através do recurso à Mediação, dado que permitem que as partes se conheçam e fixem os termos do litígio. A propositura de ação em tribunal posterior seria em muito diminuída, seja quanto ao número de ações, seja quanto ao número de questões em disputa se esta fase pré-judicial fosse vastamente e corretamente explorada.

O comércio internacional, altamente vulnerável a diversos fatores de risco, é berço de conflitos complexos que são permeáveis por emoções e sentimentos de poder e medos.

A globalização atual e a extrema concorrência existente no mercado criou um comércio tão focado no lucro que o próprio Homem assume um papel secundário. Atualmente, numa perspetiva empresarial, o direito é encarado menos como um modelo normativo de comportamento sendo visto mais como “um teste de habilidade” do que como um “dogma”. De tal modo que o agente é menos convidado a cumprir as determinações do direito do que a usá-las como *partes de um jogo*, como lances que têm os seus riscos, mas que também podem trazer vantagens, como descreve Manuel Hespanha¹⁴⁶. “A crise de 2008 mostrou, afinal, que esta ordem económica internacional tinha quase apenas uma regra: a de que tudo era legítimo (logo, permitido) desde que contribuísse para a maximização dos lucros dos intervenientes dominantes (...)”¹⁴⁷.

Esta cega busca por lucros na sociedade atual, torna extremamente difícil que, perante um conflito, nasça um pensamento ligado a interesses e não intrinsecamente ligado a que Direito, como mecanismo privilegiado. A mudança de cultura que aproxime a resolução de litígios de meios pacíficos dá-se a um ritmo lento, e com muita desconfiança. Mas, quanto maior é o conhecimento sobre a nova metodologia, mais facilmente essa mudança se efetuará.

¹⁴⁶ António Manuel Hespanha, O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009, P. 458

¹⁴⁷ António Manuel Hespanha, O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009, P. 435

O estudo realizado por Frank Sander e Lucasz Rozdeiczer¹⁴⁸, como foi referido, concluiu que a seleção de um procedimento de resolução de litígios adequada para a resolução do conflito é uma tarefa desafiadora, abrangendo uma série de fatores intangíveis, tais como a cultura no local em questão e as dinâmicas de poder entre as partes, não havendo respostas definitivas. Mas, sugerem a abordagem da Mediação sempre como um primeiro passo. Assim, perante um conflito deve-se partir da idéia de que o primeiro meio de solução de controvérsias deve ser a Mediação.

Acredita-se que a Mediação será cada vez mais utilizada pela sua rapidez e seus baixos custos e este crescimento estará correlacionado com a disponibilização de informações concretas a respeito do real papel que ela pode desempenhar em casos de disputas, além de uma abertura cultural por parte das empresas.

Não se pretende, como foi referido, sustentar que os meios alternativos de resolução de litígios são sempre a melhor solução para todos os conflitos, mas, segundo o estudo realizado para a presente dissertação, estes apresentam por diversas vezes uma indubitável vantagem em sede de conflitos quando equiparados à via judicial.

Vê-se como tardia a mudança esperada, mas apresenta-se o estudo desta nova metodologia como essencial para a continuidade da ideia de Estado de Direito como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Frank E. A. Sander, Lukasz Rozdeiczer¹, *Matching Cases And Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading To A Mediation-Centered Approach*, Harvard Negotiation Law Review Spring 2006

¹⁴⁹ José Luís Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*, 1999

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Nadja Chapter 1: *International and Comparative Mediation: Definitions and Developments in , International and Comparative Mediation, Global Trends in Dispute Resolution*, Volume 4 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2009) pp. 1 – 60
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem, Conteúdo e efeitos ** Texto que serviu de base à comunicação apresentada em 15 de Julho de 2007 ao I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
- ANTLE Stephen, *Choosing A Dispute Resolution Mechanism*
Disponível em:
http://www.blg.com/en/NewsAndPublications/Documents/Publication_3122.pdf
- ASJP, *Empresas criam os seus próprios tribunais*
in <http://www.asjp.pt/2011/04/22/empresas-criam-os-seus-proprios-tribunais/>
- Associação de Mediadores de Conflitos, *A Mediação*
In <http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>
- BARROCAS, Manuel Pereira (2013), *Lei de Arbitragem Comentada*, Edições Almedina, S.A.
- BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010
- Berkeley Technology Law Journal, *The Use of Arbitration in Copyright Disputes: IBM v. Fujitsu* in
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=btlj>
- BERNARDINO, Luís Manuel Brás, *A Prevenção e Resolução de Conflitos. Contributos para uma sistematização.*
In (http://www.revistamilitar.pt/artigo.php?art_id=354)
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 6 - 224
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition
- BÜHRING-UHLE, Christian, Chapter 2 - *Background, Legal and Institutional Framework in, Arbitration and Mediation in International Business* (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 13 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 31 – 68
- BÜHRING-UHLE,CHRISTIAN, *Arbitration and Mediation in International Business* (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 13 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 69 – 104

- BURGESS, Heidi, FOLGER and Bush, *Transformative Mediation* 1996, p. 264 in <http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall.htm>
- CABEÇADAS, Isabel Mendes, Ministério Da Justiça, Direcção Feral Da Administração Extrajudiciais, li Conferencia, Marl
- CAMPOS, Joana Paixão, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, *A Conciliação Judicial*, FDUNL, 2009
- Carta das Nações Unidas, in <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>.
- CAUPERS, João, *A Lei De Arbitragem Voluntária No Ordenamento Jurídico Guineense E Português* (Perspetiva Comparada), FDUNL
- COELHO, Ana Maria, Centro de Mediação, *Conciliação e Arbitragem*, in http://www.aip.pt/irj/go/km/docs/site-manager/www_aip_pt/documentos/homepage/informacao/AIP_AnaMariaCoelho.pdf
- CORTEZ, Francisco, *A Arbitragem voluntária em Portugal*, O Direito, 1992, IV, p. 541 ss (p. 555).
- COSTA, Alexandre Araújo, III - Entre Mediação e Conciliação Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos/iii-entre-mediacao-e-conciliacao>
- COSTA, Eduardo Maia (Procurador-Geral Adjunto), *Algumas propostas para repensar o sistema judiciário português*, in Revista do Ministério Público, nº 80, p. 55
- CUBITT, Beth, *New ICC Mediation Rules – Mediation as default alternative dispute resolution*, May 2014 Disponível em: <http://www.clydeco.com/insight/updates/view/new-icc-mediation-rules-mediation-as-default-alternative-dispute-resolution>
- Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), *O que é e como funciona a Mediação?* In <http://www.dgpi.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>
- DUARTE Gorjão Henriques, *A Convenção De Nova Iorque Sobre O Reconhecimento E Execução De Sentenças Arbitrais De 1958 Na Jurisprudência Portuguesa*, In <http://Arbitragem.pt/estudos/convencao-nova-iorque-1958--duarte-gorjao-henriques.pdf>
- FERROS, Pedro, *A Nova Lei De Arbitragem Voluntária -Lei N.º 63/ 2011, DE 12 DE Dezembro* Disponível em: http://www.cca-ontier.com/xms/files/CCA_Newsletter_Contencioso_01--_2012.pdf
- GOUVEIA Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios (3.ª edição)*, Almedina, 2014

- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, "*Meios de resolução alternativa de litígios: Negociação, Mediação e julgados de paz*", in Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008
- GOUVEIA, Mariana França, *A resolução judicial e extrajudicial de conflitos de consumo*
Disponível online
(https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwign73b29PIAhVCbRQKHVDfBBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FAC_MA_3926.ppt&usg=AFQjCNHXxdv_fSCuyvxsHmeiiTw4d9PyA&sig2=GZYQiAf_47yKPaXNP9rgtA)
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, (2ª edição), Almedina.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Ed, Almedina, 2014
- GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro (direção científica), e CARVALHO, Jorge Morais de (direção executiva), *A Justiça Económica em Portugal* in <https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica-em-portugal>
- Gouveia, Mariana França, MORAIS DE CARVALHO, Jorge, *Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais*, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano IV - 2011*
- GRANIER, Thomas, Avocat à la Cour, McDermott Will & Emery, *Arbitration agreement* - 6 July 2015
- GUILLEMIN, Jean-François, Chapter 2: *Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution* in Jean-Claude Goldsmith , Arnold Ingen-Housz , et al. (eds), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006) pp. 21 – 52
- HESPANHA, António Manuel Hespanha Et al, *Inquérito aos sentimentos de justiça num ambiente urbano*, Coimbra, Almedina 2005
- HESPANHA, Antonio Manuel, *O caleidoscópio do direito, O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ªEd., Almedina, Julho de 2009
- ICC SUMMER COURSE *Introduction to International Commercial Arbitration*, *Black's Law Dictionary*
- INGEN-HOUSZ, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 339 – 37
- LEW, Julian D.M. / Loukas A. Mistelis / Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia, Londres, Nova Iorque, *Kluwer Law International*, 2003, págs. 9-15
- LOURENÇO, Magda, *Negociação* In <http://www.gulbenkian.pt/images/mediaRep/institucional/fundacao/programas/>

[PG%20Desenvolvimento%20Humano/pdf/Manuais de Microcr dito -
Negocia o.pdf](#)

- MATHIAS, Leonardo, *A Arte da Negociação* in <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000036001-000037000/000036351.pdf>
- MENDES, Armindo Ribeiro, *A Arbitragem e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício, 1º Ed, Coimbra 2014
- MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, in <http://Arbitragem.pt/estudos/>
- MENDES, Castro, *Direito Processual Civil*, I Vol, ed. AAFDL,1997.
- MIALL, 2004, 5, citado em:
Michelle Parlevliet, *Rethinking Conflict Transformation from a Human Rights Perspective*
In http://www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Handbook/Articles/parlevliet_handbook.pdf
- MONTEIRO, António Pinto - *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*, in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346
- MONTEIRO, António Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*
Disponível em:
http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346
- MORAIS, José Luís Bolzan, *Mediação e Arbitragem- Alternativas à Jurisdição!* Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999
- PINHEIRO, Lima, *Arbitragem Transnacional*, Almedina, 2005
- PINHEIRO, Lima, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005
- POUDRET, Jean-François e Sébastien BESSON, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- RUFF, Deborah and GOLSONG, Charles, *Drafting ICC arbitration agreements*
Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/drafting-icc-arbitration-agreements-pdf-118kb-109095.pdf>.
- SANDER, Frank E. A., ROZDEICZERD1,Lukasz, *matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach*, Harvard Negotiation Law Review Spring 2006
- SERRANO, G., *Qué dice la investigación científica sobre mediación? ;Revista de Psicología del trabajo y de las organizaciones*,

- SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual*, Mestrado Forense 2011/2012
- STURROCK, John, *Mediating for the long game*, Core Solutions Group
- TELES, Miguel Galvão, *Aspectos Constitucionais Da Arbitragem*, 2009
Disponível em: <http://Arbitragem.pt/estudos/>
- TORBAY, Augusto, *A Competência do Tribunal Arbitral - A evolução da consagração do princípio "competência-competência" à luz das recentes reformas legislativas*.
Disponível em <http://Arbitragem.pt/estudos/>
- UE, "Business-To-Business Alternative Dispute Resolution In The Eu, 2012
Fieldwork: March-April 2012 in
http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_347_en.pdf
- UNCITRAL
In (http://www.dgpi.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57)
- VICENTE, D. Moura, *Da Arbitragem comercial internacional*, Coimbra, 1990.
- VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito Aplicável Ao Mérito Da Causa*, Coimbra Editora, 2006
- WALLENSTEEN, Peter, *Understanding Conflict Resolution, War, Peace and the Global System*, New Delhi, SAGE Publication, 2004
- WANDERLEY, José Augusto, "Sempre Negocie Para Ganhar"
Disponível em: <http://www.guiarh.com.br/pp73.htm>
- WILDE Zulema, GAIBROIS, Luís M, Ministério da Justiça, Direção Geral da Administração extrajudicial, *O que é a Mediação*, Agora Publicações, 2003
- WOODHOUSE, Tom Bradford University, UK Dr. Tamara Duffey Bradford University, UK *Mantenimiento de Paz y Resolución de Conflictos Internacionales*
In
(http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/picr/peacekeeping_and_international_conflict_resolution_spanish.pdf)
- ZUTTER, Deborah Lynn, Which Process?
Disponível em: <http://www.debzutter.com/mediation-process.html>