

Resolução Alternativa de Litígios

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL



caderno 6/6

Coordenadores científicos

Mariana França Gouveia

Nuno Garoupa

Pedro Magalhães

Diretor executivo

Jorge Morais Carvalho

GOUVEIA, Mariana França

é licenciada e doutorada em Direito, na especialidade de Direito Processual Civil. É Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde ensina Direito Processual Civil e Resolução Alternativa de Litígios. É ainda Consultora do Departamento de Contencioso e Arbitragem da SRS Advogados. É vogal do Conselho do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, membro da Comissão de Arbitragem da delegação portuguesa da CCI e da Comissão de Prática Arbitral da Associação Portuguesa de Arbitragem. É autora de diversas monografias e artigos científicos em Processo Civil, Arbitragem, Mediação e Julgados de Paz.

GAROUPA, Nuno

é professor catedrático de Direito e co-director do Programa em Direito, Comportamento Humano e Ciências Sociais na Universidade de Illinois, Estados Unidos, e investigador associado do FEDEA (Madrid), Espanha. Foi professor na Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha), na Universidade Nova de Lisboa, IMDEA (Madrid, Espanha) e na Universidade de Manchester (Reino Unido). Foi também professor e investigador convidado nas escolas de Direito das Universidades de Stanford, Harvard, Berkeley, George Mason (Virgínia), Carlos III (Madrid), ACLE (Amsterdão) e FGV (Rio de Janeiro). Actualmente é membro do Conselho Científico e Cultural da Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS). A sua área de investigação é Direito e Economia (*Law and Economics*) e Direito Comparado. Autor de mais de setenta artigos publicados nas melhores revistas académicas da especialidade, nos últimos dez anos tem trabalhado no estudo da organização e governo da justiça. Prémio de investigação da Comunidade de Madrid “Julián Marías” 2010 (Menos de 40 anos).

MAGALHÃES, Pedro

é investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Licenciado em Sociologia pelo ISCTE em 1993 e doutorado em Ciência Política pela Ohio State University em 2003, faz investigação nas áreas do comportamento eleitoral, opiniões e atitudes sociais e políticas, instituições políticas e judiciais e metodologia dos inquéritos por questionário. Tem trabalhos publicados em livros editados pela Oxford University Press, Routledge, Imprensa de Ciências Sociais e outras, e em revistas académicas como *American Journal of Political Science*, *Public Choice*, *Comparative Politics*, *West European Politics*, *Electoral Studies* e outras.

CARVALHO, Jorge Morais

nasceu em Lisboa, em 1979. Licenciou-se (2002) e doutorou-se (2011) na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde exerce atividade docente. É assessor jurídico, com funções de coordenação, do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo e membro do Conselho Diretivo do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. É investigador nas áreas do direito civil, direito processual civil e sistemas jurídicos comparados, com cerca de trinta trabalhos publicados.



Largo Monterroio Mascarenhas, n.º 1
1099-081 Lisboa
Telf: 21 00 15 800
ffms@ffms.pt

© Fundação Francisco Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves,
Novembro de 2012

Director de Publicações: António Araújo

Título: Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios

Autores: Mariana França Gouveia

Nuno Garoupa

Pedro Magalhães

Jorge Morais Carvalho

João Pedro Pinto-Ferreira

Revisão de texto: João Pedro George

Design: Inês Sena

Paginação: Guidesign

Impressão e acabamentos: Guide – Artes Gráficas, Lda.

ISBN: 978-989-8424-92-1

Dep. Legal: 354997/13

As opiniões expressas nesta edição são da exclusiva responsabilidade do autor e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial dos conteúdos desta obra deve ser solicitada ao autor e editor.

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL

**Meios de Resolução
Alternativa de Litígios**

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL

Meios de Resolução Alternativa de Litígios

Coordenadores científicos

Mariana França Gouveia

Nuno Garoupa

Pedro Magalhães

Diretor executivo

Jorge Morais Carvalho

Redator principal

João Pedro Pinto-Ferreira

ÍNDICE

Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios

	Sumário executivo
9	1. Os meios de resolução alternativa de litígios
9	2. Resultados do inquérito
10	3. Resultados das entrevistas
10	4. Regime jurídico em Portugal
11	5. Regimes jurídicos estrangeiros
11	6. Propostas
	Capítulo 1
13	Introdução
	Capítulo 2
15	Resultados do Inquérito
	Capítulo 3
17	Análise das Entrevistas
17	3.1. Mediação
20	3.2. Conciliação
25	3.3. Arbitragem
	Capítulo 4
31	Regime Jurídico
31	4.1. Protocolos Pré-judiciais
31	4.1.1. Finalidade
32	4.1.2. Protocolo pré-judicial geral
32	4.1.3. Protocolos pré-judiciais específicos
34	4.1.4. Inobservância dos protocolos pré-judiciais
35	4.1.5. Vantagens e desvantagens
36	4.2. Mediação
39	4.2.1. Regime jurídico
41	4.2.2. Sistemas de integração
43	4.2.3. Barreiras à utilização da mediação

46	4.3. Conciliação
46	4.3.1. Momento processual
47	4.3.2. Procedimento de conciliação
48	4.3.3. Técnicas de conciliação
49	4.3.4. Riscos da conciliação judicial
50	4.4. Arbitragem
51	4.4.1. Arbitragem necessária
52	4.4.2. Regime jurídico
56	4.4.3. Árbitro
56	4.4.4. Processo arbitral
58	4.5. Outros meios de resolução alternativa de litígios
60	4.6. Propostas de acordo formais

Capítulo 5

63	Síntese Conclusiva
63	5.1. Protocolos pré-judiciais
64	5.2. Mediação
64	5.3. Conciliação
65	5.4. Arbitragem
67	5.5. Outros meios de resolução alternativa de litígios
67	5.6. Propostas de acordo formais

Capítulo 6

69	Propostas de Solução
69	6.1. Orientação geral
69	6.2. Proposta formal com consequências na repartição das custas
70	6.3. Antecipar a troca de informação
71	6.4. Incremento da conciliação judicial – propostas de acordo e formação
72	6.5. Medidas de incremento da mediação – formação e regulação

Sumário executivo

1. Os meios de resolução alternativa de litígios

Para além dos meios judiciais, os litígios podem também ser resolvidos diretamente entre as partes ou com a intervenção de um terceiro. O elenco dos meios de resolução alternativa de litígios é alargado e abrange qualquer método utilizado na tentativa de solucionar uma controvérsia entre duas ou mais partes. O relatório centra-se nos procedimentos pré-judiciais, na mediação, na conciliação e na arbitragem, mas também analisa, simultaneamente, outros mecanismos.

2. Resultados do inquérito

Os dados recolhidos através do inquérito demonstram que uma larga maioria das empresas (95%) não recorreu a meios de resolução alternativa de litígios nos últimos três anos. O perfil das empresas que utilizam meios de resolução alternativa de litígios é dominado por grandes empresas; os meios mais utilizados são a arbitragem e a mediação.

A maioria das empresas que recorreu a meios de resolução alternativa de litígios considera que, em comparação com o processo judicial, a qualidade das decisões é igual, mas a rapidez é maior e os custos envolvidos são menores. Há, no entanto, um número relevante de grandes empresas que aponta a qualidade da decisão (25%) e os custos (29%) como desvantagens dos meios de resolução alternativa de litígios.

Uma parte significativa das empresas (83%) manifestou preferir os meios de resolução alternativa de litígios ao procedimento judicial, devido à sua maior rapidez (50%), aos custos associados ao procedimento judicial (29%) e à possibilidade de manterem uma relação com a outra parte (12%).

3. Resultados das entrevistas

A mediação é encarada de forma positiva pela generalidade dos entrevistados e há quem defenda o seu alargamento a um maior número de litígios.

A maioria das empresas apresenta uma perspetiva favorável da conciliação e aponta como principal obstáculo à sua maior utilização o facto de a cultura jurídica privilegiar o afastamento entre as partes e respetivos advogados antes da audiência final. Os entrevistados consideram essencial o conhecimento do processo, o empenhamento do juiz na conciliação e a participação das partes, criticando as técnicas que implicam alguma coação.

Quanto à arbitragem, alguns dos entrevistados não estão muito familiarizados com este meio e as empresas recorrem de forma predominante a cláusulas arbitrais em contratos internacionais ou que envolvam investimento de capital estrangeiro. Entre as principais críticas, destaque para a questão dos custos, da independência dos árbitros e para a ideia de secretismo relacionada com a irrecorribilidade das decisões.

Por fim, alguns entrevistados criticam, em geral, a privatização da justiça.

4. Regime jurídico em Portugal

O regime jurídico aplicável aos meios de resolução alternativa de litígios deve ser analisado em função de cada meio em concreto.

a. A mediação e a conciliação judicial pressupõem a intervenção de um terceiro, com o objetivo de auxiliar as partes na obtenção de um acordo; a diferença reside no facto de o mediador não ter poder decisório, enquanto a tentativa de conciliação é realizada pelo juiz que irá julgar o caso se as partes não chegarem a acordo.

b. A par da mediação promovida por entidades privadas, existe em Portugal um sistema de mediação pública que abrange um importante conjunto de matérias, incluindo alguns litígios laborais, familiares e penais.

c. A lei portuguesa não prevê qualquer mecanismo de mediação obrigatória. A possibilidade de o juiz enviar o litígio para mediação é excluída caso uma das partes manifeste a sua oposição e o diploma que estabelece consequências negativas a nível de custas quando uma das partes

inviabilize o recurso a meios de resolução alternativa de litígios ainda não entrou em vigor.

d. Em Portugal, a lei não enuncia quaisquer limites às técnicas de conciliação que podem ser usadas pelo juiz nem discute os riscos associados à coincidência, na mesma pessoa, das funções de conciliador e juiz.

e. Foi aprovada, em 2011, uma nova Lei de Arbitragem Voluntária que – entre outros aspetos – altera o critério de arbitrabilidade dos litígios, estabelece um regime específico para a recusa de árbitros, consagra a irrecorribilidade da decisão como regra e inclui a violação da ordem pública internacional entre os fundamentos de anulação da decisão arbitral.

f. Nos últimos anos, tem-se verificado um aumento dos casos de arbitragem necessária, que incluem alguns litígios relativos a medicamentos, a conflitos coletivos de trabalho ou a direitos de autor, por exemplo.

5. Regimes jurídicos estrangeiros

A análise das soluções consagradas na Alemanha e em Inglaterra permite verificar uma maior relevância dos meios extrajudiciais.

Em Inglaterra, os protocolos pré-judiciais visam criar condições para que as partes cheguem a acordo através da troca de informação sobre os factos e os meios de prova que cada parte pretende invocar na ação. Estão ainda regulamentadas as propostas de acordo formais, com consequências ao nível do pagamento de custas. Na Alemanha, alguns Estados consagraram mecanismos de mediação obrigatória para determinados tipos de litígios.

6. Propostas

Neste contexto, propõe-se:

a. A atribuição de efeitos ao nível da repartição das custas às propostas de acordo que não tenham sido aceites, verificados certos pressupostos.

b. A adoção de mecanismos extrajudiciais de troca de informação entre as partes, com o intuito de permitir uma melhor avaliação do caso pelos interessados e facilitar a obtenção de um acordo.

- c.** A exposição antecipada dos meios de prova por iniciativa do juiz sempre que este entender que um acordo é possível ou adequado.
- d.** O reforço dos poderes do juiz na conciliação judicial, através da formação e da previsão legal das propostas de acordo por escrito às partes.
- e.** Uma maior divulgação da mediação junto dos advogados, de forma a superar alguns dos obstáculos com que esta se tem deparado.
- f.** A regulação de alguns aspetos da mediação, como os efeitos da convenção de mediação e os limites do acordo de mediação.

Capítulo 1

Introdução

A elaboração de um relatório temático sobre os meios alternativos justifica-se na medida em que os dados recolhidos através do inquérito e das entrevistas sugerem que, apesar de uma perceção maioritariamente favorável, os meios de resolução alternativa de litígios são pouco utilizados.

Assim, o objetivo do relatório passa pela descrição das principais vantagens e desvantagens que as empresas e outros intervenientes no sistema apontam aos meios de resolução alternativa de litígios, procurando perceber em que medida esses aspetos podem influenciar a utilização destes meios e, em consequência, propor soluções que incentivem a sua utilização.

Numa primeira parte do relatório, na parte relativa aos meios de resolução alternativa de litígios, procede-se à análise dos dados do inquérito e das entrevistas e à identificação das principais questões suscitadas.

Em seguida, a atenção centra-se no regime jurídico dos meios de resolução alternativa de litígios em Portugal e noutros ordenamentos jurídicos. Destaca-se o direito inglês e o direito alemão, em particular a ênfase que colocam nos meios de resolução alternativa de litígios. A opção de não analisar o regime dos Julgados de Paz está relacionada com a sua escassa relevância no plano da Justiça Económica, tal como resulta dos dados recolhidos no inquérito. No entanto, o regime e a experiência dos Julgados de Paz na mediação e na conciliação judicial foi uma das fontes de informação para o presente relatório.

Por fim, enunciam-se algumas propostas com o intuito de difundir os meios de resolução alternativa de litígios e aumentar a sua utilização.

Capítulo 2

Resultados do Inquérito

O inquérito continha um conjunto de questões sobre resolução alternativa de litígios. 95 por cento das empresas reportou não ter estado envolvida em qualquer processo desse género – incluindo arbitragem, mediação ou julgados de paz – nos últimos três anos.

Entre a minoria que esteve envolvida, o valor médio para processos de arbitragem foi de 4,3 processos nos últimos três anos, 3,5 processos de mediação e 1,8 em julgados de paz. Como se verifica na Tabela 1, as grandes empresas são de longe aquelas que utilizam mais frequentemente os meios de resolução alternativa de conflitos, em especial, e de forma mais desproporcional, os processos de mediação. Por seu lado, as empresas de médias dimensões recorrem de forma proporcionalmente elevada aos processos de arbitragem.

Tabela 1 Número médio de processos de resolução alternativa de litígios em que estiveram envolvidas nos últimos três anos (para as empresas que estiveram envolvidas nalgum destes tipos de processos)

Tipo de processo	N.º médio de processos		
	Pequenas empresas	Médias empresas	Grandes empresas
Arbitragem	0,7	4,5	23,6
Mediação	0,9	1,5	20,8
Julgado de paz	0,7	1,7	7,5

Em geral, as empresas que recorreram a estes processos tendem a ver semelhanças ou vantagens, e não desvantagens, em comparação com as decisões judiciais. 67 por cento dizem que o nível de qualidade das decisões é igual

(16% melhor); 51 por cento que os processos se desenrolam mais rapidamente (40% igual) e 50 por cento que os custos são menores (38% iguais).

A Tabela 2 mostra a percentagem das empresas que veem desvantagens na resolução alternativa de litígios, por dimensão da empresa. Em geral, a maior parte das empresas não vê desvantagens neste processo, identificando, pelo contrário, semelhanças ou mesmo vantagens (especialmente na rapidez). Contudo, note-se que a percepção das desvantagens intensifica-se no caso das grandes empresas e para as questões da qualidade e dos custos, ao passo que se intensifica para as pequenas empresas na dimensão da qualidade das decisões.

Tabela 2 Percepção das desvantagens na resolução alternativa de litígios (para as empresas que estiveram envolvidas nalgum deste tipo de processos)

Desvantagens	% que afirma ver desvantagens		
	Pequenas empresas	Médias empresas	Grandes Empresas
Na qualidade	18%	7%	25%
Na rapidez	13%	5%	6%
Nos custos	8%	11%	29%

Em geral, quando têm escolha, os responsáveis das empresas que já recorreram à resolução alternativa de litígios afirmam preferi-la, de forma esmagadora, à litigância junto dos tribunais: 83 por cento contra 17 por cento. Questionadas as primeiras sobre as suas razões, 50 por cento mencionam a “maior rapidez esperada”, 29 por cento “as despesas que vêm com a litigância” e 12 por cento a “possibilidade de manter uma boa relação com a outra parte”. Todas as outras razões têm uma expressão residual.

De notar, contudo, que as grandes empresas formam aqui uma realidade algo afastada das restantes: “apenas” 54 por cento afirmam preferir a resolução alternativa de litígios e a rapidez esperada é uma motivação muito mais predominante (para 77 por cento das empresas) em relação às restantes.

Capítulo 3

Análise das Entrevistas

3.1. Mediação

A mediação, enquanto meio alternativo de resolução de litígios, é entendida de forma positiva pela maioria dos entrevistados.

“A perspectiva é muito positiva. A experiência que eu tenho é que a mediação é usada para os litígios mais pequenos e a arbitragem para os litígios mais complexos e de maior valor.” (advogado)

De acordo com as opiniões recolhidas, a mediação desempenha um papel importante, pois há um conjunto de litígios que são resolvidos nessa fase, não chegando a entrar nos tribunais.

“Acho muito importante, sobretudo para eliminar a massa de processos que andam no tribunal, alguns deles que não têm qualquer sentido.” (organismo de representação)

Entre os juízes há o entendimento de que a fase pré-judicial devia ser mais incentivada através do recurso à mediação, dado que teria pelo menos o efeito positivo de permitir que as partes se conhecessem e fixassem os termos do litígio. Deste modo, a propositura de uma ação em tribunal ficaria em muito diminuída, seja quanto ao número de ações, seja quanto ao número de questões em disputa.

“Tem de haver um acentuar de uma fase pré-judicial em que as pessoas só vão para tribunal discutir questões que estejam previamente equacionadas entre as próprias partes e não se vá para tribunal numa ótica de dizer tudo e mais alguma coisa, o que interessa e o que não interessa e depois só à boca do julgamento é que as partes se sentam e tentam negociar. Daí que penso que o nosso modelo muito ganharia em ser revisto e acho que devíamos ter uma fase pré-judicial mais intensa em que as partes se sentavam a dizer: ‘Estamos de acordo em relação aos factos A, B ou C e discordamos em relação a E, F e G e é isto que vamos submeter à apreciação do tribunal.’ (juiz)

A mediação é utilizada pelas empresas nas áreas de consumo e no âmbito dos julgados de paz. Uma das vantagens apontadas é a informalidade do processo.

“Quer pelo âmbito da mediação, quer mesmo pelos processos do tribunal arbitral, normalmente nós conseguimos chegar a acordo antes do julgamento, o que também é fantástico quer para uma parte como para a outra. No que concerne especificamente à mediação, portanto a nossa experiência é apenas aquela que é feita no âmbito dos julgados de paz, e eu nesta tenho bastante experiência porque tomo conta desses processos todos. Portanto a nossa experiência é ótima, começa logo pela informalidade, ou seja, o cliente tem um problema qualquer, dirige-se ao julgado de paz, o julgado de paz tem essa fase da mediação pura que é feita entre um mediador profissional que supostamente é isento, que não conhece nada do processo, e está ali perante duas pessoas em que o único objetivo dessa pessoa é chegar a um consenso.” (empresa)

As empresas referem que há ainda muito para implementar no que toca à mediação, porque esta ainda cobre poucas áreas da vida económica.

“Relativamente à mediação e julgados de paz, a experiência positiva que temos ao nível da mediação é quando muito mediação de consumo. Tem facilitado em muitas áreas mas não na nossa. Facilita em conflitos de condóminos e tem sido bastante usado, em conflitos com limite de valor, questões de inquilinato como forma de composição de litígios daqueles que não têm necessariamente de ir a tribunal.” (empresa)

Relativamente ao futuro, os entrevistados consideram que a mediação será cada vez mais utilizada porque é rápida e tem custos mais baixos.

“A mediação vai ter um papel mais ativo porque normalmente a mediação é mais rápida, não tem tanto custo de prova e o bom mediador não ganha com base no valor da ação, ganha à hora mas é mais barato. Penso que vamos ter mais mediação embora vamos continuar a ter arbitragem.”
(advogado)

É ainda feita uma alusão à importância da formação dos mediadores, com especial relevo para a componente ética da profissão.

“Acho que tínhamos que ter mediadores, quer dizer, tinha que ser uma profissão muito bem preparada, muito séria eticamente, porque lida ali com situações de fronteira muito complicada. Um mediador, talvez ainda mais do que o advogado, pelo trabalho que está a fazer, se a sua atuação não for eticamente irrepreensível é muito perigoso.” (advogado)

Um grupo minoritário considera que tanto a mediação como a arbitragem são uma forma de privatização da justiça que não resolve os seus problemas da morosidade, limita-se a transferi-los para a esfera privada.

“A mediação existe para o lucro. É a arbitragem dos pobres. Não é tão escandaloso, mas é. O que o Estado gasta com as arbitragens, com as mediações, com os Julgados de Paz tinha condições para que os tribunais funcionassem bem. O que é que as mediações dão que os tribunais não possam dar? Menos formalismo? Porque é que os tribunais são tão formais?” (organismo de representação)

Dentro desse grupo é deixado o alerta no sentido de que a “moda” da desjudicialização está a criar um conjunto de novas classes profissionais que irão causar, no médio e longo prazo, problemas de sustentabilidade do sistema judicial.

“O que é que eu acho sobre se deve ser instituído autonomamente ou não uma mediação obrigatória? É a mesma questão de desjudicialização e de distribuição do dinheiro dos contribuintes. Quantas pessoas pagas pelos contribuintes, quantas corporações é que nós teremos que sustentar? Qual é que é a forma mais racional de gerir? Estamos numa moda que é a moda de tirar do sistema judicial *stricto sensu* e criar coisas à volta. Daqui a 20 anos vamos estar com a moda diferente que é: pusemos demasiado à volta e agora temos demasiada gente.” (juiz)

3.2. Conciliação

A generalidade das empresas entrevistadas é favorável à conciliação judicial, bem como ao acordo quando resulta da iniciativa das partes e é obtido fora dos tribunais.

“Se as partes quiserem chegar a acordo com ou sem tentativa de conciliação prevista na lei, as partes vão falar, não é? Não é pelo facto de estar ou não estar previsto no texto da lei que as partes não encetam negociações para uma eventual transação.” (empresa)

As razões apresentadas para a adesão à conciliação judicial são de ordem económica – o sucesso da conciliação judicial implica o encerramento do processo em tribunal e a eliminação de todos os custos associados.

“As empresas são sensíveis aos custos; por isso, se houver possibilidade, preferem a conciliação. Nós achamos que poderia existir um ganho adicional se, ainda antes dessa mediação perante as partes, houvesse uma auscultação prévia de cada uma das partes em separado. Consideramos que aqui o juiz poderia mediar a questão de uma forma mais eficiente. Por outro lado há o receio de poder condicionar em função dos seus próprios interesses.” (empresa)

“O juiz deve chamar as partes e dizer ‘Meus senhores, o problema é este, vocês querem resolver isto rapidamente ou não?’ Propondo uma solução. Não vejo nenhum problema de imparcialidade nessa matéria. Penso que

aqui há alguns mitos. O juiz não deixa de ser imparcial por, numa fase logo a seguir aos articulados, incitar alguém que não tem razão nenhuma para resolver o problema logo ali e evitar que se vá para julgamento. Julgo que isto evitaria muitos problemas.” (juiz)

Um dos advogados entrevistado considera que as funções da conciliação judicial e da mediação são relativamente próximas. Neste sentido, sugere que a conciliação judicial poderia ser realizada por um mediador no tribunal, libertando dessa forma o juiz para outras funções.

“Não é preciso, o juiz tem que estar preocupado com julgar, talvez não com conciliar, se possível. Eu acho que deve, deve procurar mediar ou conciliar, quer dizer, deve procurar uma terceira solução que determine o acordo entre as partes. Portanto, deve procurar entre as posições das partes, o ponto comum para ver se consegue encontrar uma solução. Eu acho que a mediação e a conciliação são relativamente próximas, não faço grande distinção. Talvez não deva ser o juiz, mas um terceiro, um mediador que deve estar no tribunal.” (advogado)

É ainda referido que um dos entraves à utilização da conciliação judicial é a cultura jurídica portuguesa e as suas práticas, que privilegiam o afastamento entre as partes e repudiam a negociação entre advogados antes da audiência de julgamento.

“Temos uma mentalidade na sociedade que se reflete no exercício da advocacia que é: só se negocia à boca do julgamento. Eu tenho julgamentos em que chamo os mandatários ao gabinete mas em um terço dos casos, os mandatários não se conhecem, nunca conversaram, nunca houve um contexto em que efetivamente tentassem negociar o litígio. Daí que devíamos ter um sistema mais à americana, em que haveria uma fase pré-judicial em que havia esse contacto das partes para se decidir dos factos assentes e dos que não estão. Frequentemente, quando chamamos as partes para a tentativa de conciliação, verificamos que se trata de um litígio muito empolado e muito forjado que está ali em discussão e que não justifica o processo. Às vezes temos sucesso, outras vezes não temos

sucesso mas se for numa fase muito longínqua, se não estivermos próximos do julgamento, isso não é levado a sério. Algumas vezes há bom senso e é levado a sério mas na maioria dos casos não é levado a sério. Por isso, só na iminência de um julgamento, se forma a vontade de negociar.” (juiz)

Segundo um dos juízes entrevistados, a conciliação judicial devia partir dos advogados das partes que, durante a fase inicial do processo, deveriam encontrar-se e discutir as causas e as razões para a existência daquele litígio em concreto.

“Não faltam aí mecanismos de conciliação. Muita da conciliação deveria ser feita extrajudicialmente. Os próprios advogados deveriam fazê-lo mas não o fazem, em regra a maioria dos advogados só se conhecem no dia do julgamento. Não há iniciativas entre eles no sentido de se confrontarem e de chegarem a uma solução. E muitas vezes só depois do primeiro adiamento é que eles querem conversar e querem chegar a acordo quando muitas coisas se resolveriam conversando. As pessoas gostam muito de conversar por escrito e por vezes um telefonema resolveria isso.” (juiz)

De acordo com os empresários e os advogados contactados, as técnicas de conciliação judicial são várias. Em primeiro lugar, o juiz deve conhecer o processo e assumir a tentativa de conciliação judicial como um dever.

“A técnica é ter um juiz que conheça o processo e que tenha uma intervenção na tentativa de conciliação, que exerça as funções de mediador. E há juízes extraordinários a fazer isso que usam aquelas técnicas de mediação conhecidas (‘olhe que você pode perder isso!’). Há alguma pressão, nós sabemos que é o que ele está a fazer, não há propriamente um pré-julgamento. Estamos para uma mediação do juiz, quando as partes até ali não conseguiram através dos seus advogados resolver as coisas por acordo, o facto de estarem perante o tribunal, o facto de estarem à espera, de serem chamadas, ajuda. Pode haver excessos, alguma pressão, mas ajuda. A pergunta é: vale a pena? Vale, a técnica ajuda se tivermos a sorte de ter um juiz que tem essa experiência, essa qualidade e essa apetência, é muito bom.” (advogado)

O empenho do juiz enquanto boa prática na tentativa de conciliação judicial não deve ser entendido como forma de pressão. De acordo com um dos juízes entrevistados, o mais importante é colocar as partes frente a frente e tentar que exista um diálogo construtivo sobre o processo. O juiz deve abster-se de mostrar qual a solução ou mesmo como vai orientar o processo, pois isto pode ser entendido como beneficiando uma das partes em detrimento da outra.

“[As boas práticas] penso que já existem. Também existem más práticas mas creio que são minoritárias. Não tenho visto juízes a pressionar o acordo. O que há é colocar as pessoas frente a frente, tentar chegar a uma solução embora o juiz esteja limitado. O juiz não pode dar a entender logo qual a solução que vai dar ao caso mesmo quando já saiba, caso contrário está a fornecer uma arma ao outro. Até porque neste momento ainda há muita matéria controvertida, o juiz ainda não sabe que prova vai ser apresentada. Mas mesmo naqueles casos em que está mais ou menos dito no processo, que se sabe qual é a solução, o juiz está de certo modo condicionado, não pode expor a sua posição porque pode ser acusado de estar a beneficiar uma parte. Tem de se ter muito cuidado para não haver o risco da parte que se sente prejudicada vir invocar que o juiz estava feito com uma das partes, o que não acontece.” (juiz)

Em segundo lugar, os entrevistados concordam que o empenho do juiz é fundamental para chegar a um acordo. O empenho é definido como o trabalho do “bom juiz”, por oposição ao “mau juiz” que não está suficientemente empenhado ou envolvido no processo.

“Um bom juiz sem técnica faz o acordo, um mau juiz com técnica não faz o acordo. Eu não acredito nas técnicas, acredito nas pessoas. Eu já apanhei sem técnica nenhuma, juízes empenhados e a fazerem com que os advogados percebessem que a melhor solução para aquele caso é um acordo.” (advogado)

Em terceiro lugar, advogados e empresas concordam com o alargamento da participação das partes na tentativa de conciliação judicial. Isto é, que em determinado momento o juiz possa, com a autorização dos advogados, chamar

as partes e fornecer-lhes informações sobre o processo e sobre o possível andamento do processo em tribunal.

“Já tive juízes que achavam que os advogados não conseguiam resolver o assunto, mas percebiam que apesar de tudo a coisa tinha avançado um bocadito. Pediam autorização aos advogados, chamavam as partes (sobretudo quando eram pessoas singulares), e as partes chegavam lá e ele falava com elas, à frente dos advogados, e depois elas queriam falar com os advogados para ouvir melhor os argumentos do juiz ou para a gente lhes explicar melhor e tal, é o ambiente em que a gente começa a ver que se está a andar na perspetiva de se chegar a algum lado.” (advogado)

Em quarto lugar, empresas e advogados revelam-se preocupados com algumas técnicas de conciliação judicial que não deveriam ser admitidas, referindo-se a casos de coação e de coerção da liberdade das partes.

“A pergunta devia ser mais ao contrário, quais as técnicas que não deviam ser utilizadas: tudo o que seja coercivo ou limitativo da vontade das partes. Às vezes há quase uma coação moral.” (empresa)

Os juízes alinham pelo mesmo diapasão: o acordo é uma faculdade das partes, visto que o processo é um processo de partes e desse modo o juiz não deve pressionar para que o acordo seja firmado sem a vontade expressa das partes.

“Já ouvi casos em que os juízes pressionam e isso também acho que não deve ser feito. O acordo é uma faculdade das partes e por isso quando muito o juiz deve ajudar as partes a encontrarem uma solução, mas não deve pressionar as partes para isso.” (juiz)

No entanto, a coação não deve ser confundida com pressão, que até um certo ponto é considerada importante para que as partes iniciem um diálogo com vista a um acordo.

“Também já tive muitos juízes que ao fim de um quarto de hora, 20 minutos dizem ‘assim não chego a lado nenhum’, fecham o processo. E esse é o

momento em que se começa a falar de um acordo, porque já se percebeu que o juiz afinal diz ‘não vou mais naquelas conversas, quero mas é ir para a sala de julgamento’ até como fórmula de pressão. Fazem determinado tipo de coisas – ‘uma parte tem estes pontos fracos e a outra parte tem estes pontos fracos’ – e nós advogados percebemos ‘o juiz já percebeu o processo’”. (advogado)

Empresas e advogados concordam que o juiz deve ter a sensibilidade para perceber que em determinados processos a tentativa de conciliação é inútil porque as posições das partes são incompatíveis.

“Tem que haver alguma discricionariedade por parte do juiz de ver o caso concreto, há situações tão extremadas que isso não é possível, há outras que pode ser uma boa forma de resolver um processo e evitar muito trabalho futuro, enfim, às vezes em frente ao juiz mesmo os advogados mais exaltados conseguem ter algum bom senso e chegar a acordo.” (empresa)

3.3. Arbitragem

As opiniões recolhidas durante as entrevistas acerca da arbitragem revelam que uma parte dos entrevistados desconhece este meio de resolução extrajudicial de conflitos.

“A arbitragem é cara em Portugal, não está muito difundida e as empresas têm poucos conhecimentos do que é a arbitragem, como é que ela funciona.” (empresa)

No caso das empresas portuguesas o recurso à arbitragem e à inclusão de cláusulas arbitrais nos seus contratos predomina nos contratos internacionais e com o investimento de capital estrangeiro.

“Nos contratos internacionais e mesmo nacionais uma vez que a prática lá fora é a arbitragem, porque é a única maneira de atrair clientes estrangeiros, porque estão habituados a essa prática dos concursos públicos serem objeto de arbitragem.” (empresa)

As cláusulas arbitrais são ainda utilizadas porque em contratos internacionais, na maioria das vezes, as empresas desconhecem o direito aplicável no país em que celebram o contrato, preferindo as regras da arbitragem.

“Nós recorremos à arbitragem em negócios de cariz internacional porque desconhecemos a legislação aplicável nos vários países por onde circulamos. Entre dar um tiro no escuro e optar por um regime que está uniformizado e que é reconhecido como eficaz, como é a arbitragem de Londres ou Paris, não temos dúvidas nenhuma em enveredar por essas alternativas e é por aí que vamos.” (empresa)

Entre os juízes entrevistados, a arbitragem é uma realidade teórica, estando a sua intervenção limitada à impugnação de decisões arbitrais.

“Quanto à arbitragem, o que me vem ter são impugnações de decisões arbitrais. Algumas procedem, outras não procedem. Já dei procedência a algumas e depois foram confirmadas até ao Supremo. Não tenho um conhecimento muito direto se funciona bem se funciona mal, tenho um conhecimento mediato.” (juiz)

Há, no entanto, entre os juízes entrevistados, quem perceba o facto de as empresas optarem pela arbitragem em detrimento dos tribunais para a resolução de futuros litígios. Segundo um juiz, os tribunais arbitrais são mais rápidos e atuam de acordo com padrões estabelecidos internacionalmente.

“As empresas devem achar que sim porque já em todos os grandes investimentos há uma cláusula de arbitragem. Cria mais segurança, têm a garantia que são pessoas especializadas que vão resolver aquele litígio, sabem que o litígio é resolvido num certo prazo. Custa mais dinheiro, é verdade, mas tem estas vantagens, compreendo que em negócios que envolvem, por exemplo, investimentos internacionais, eles não queiram estar condicionados e pretendam que as questões sejam apreciadas com base em padrões mais internacionais.” (juiz)

Entre os conhecedores da arbitragem, surgem algumas críticas. Em primeiro lugar, suscita-se a questão dos custos relativos às tabelas de honorários dos árbitros e centros de arbitragem, que deveriam refletir os impactos da crise económica mundial.

“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.” (advogado)

Embora os custos elevados sejam referidos por todos os entrevistados que já recorreram à arbitragem, vários consideram que fazendo um balanço entre custos e celeridade, a celeridade da decisão é mais importante. Esse é o fator decisivo que os leva a escolher a arbitragem.

“As experiências que temos tido com processos de arbitragem, há um ganho evidente em termos de tempo na resolução dos processos mas há um custo acrescido. Muitas vezes é preferível ter custos acrescidos e um justiça rápida do que custos baixos e uma ausência de justiça. Quanto às regras da arbitragem, não temos amostra suficientemente significativa para termos uma opinião formada que possa contribuir. Não temos experiência significativa para opinar, embora concordemos com o princípio.” (empresa)

Ainda relativamente aos custos, uma das críticas apontadas é a de que a arbitragem tem custos, mesmo quando a decisão é totalmente favorável, isto é, quem ganha a ação tem de pagar uma parte, algo que, em princípio, não acontece nos tribunais judiciais.

“O grande problema do tribunal judicial são os atrasos, por isso, a grande vantagem, eu diria mesmo a principal vantagem da arbitragem é ser mais rápida, uma coisa que se resolve em seis meses, um ano. Sendo que os custos hoje em dia são os mesmos que no processo judicial, a grande vantagem é ser mais rápida. O grande problema da arbitragem, onde a arbitragem perde é a ideia de que na arbitragem as pessoas, mesmo tendo razão a 100 por cento, vão ter de pagar alguma coisa.” (advogado)

Outras das críticas assinaladas à prática da arbitragem em Portugal respeita à independência dos árbitros. Segundo um dos entrevistados, os centros de arbitragem em Portugal deveriam seguir as regras internacionais, de modo a garantir a independência e a liberdade do exercício de árbitro.

“Ao podermos escolher os árbitros como se pode, podemos ter uma garantia de pessoas com mais qualidade do ponto de vista técnico e de experiência de decisão que num tribunal de primeira instância. A questão tem a ver com outra questão mais complexa que é a questão da independência, e com a questão de saber até que ponto na arbitragem temos a garantia que as pessoas que escolhemos com qualidade técnica depois decidem por uma justiça mais salomónica, mais confortável por falta dessa independência que os juízes têm. Em Portugal deveríamos ter uma muito maior exigência no que respeita a essa questão da independência dos árbitros. Seguirmos a regras internacionais sobre essa matéria de uma forma mais rígida teria grandes vantagens.” (advogado)

As críticas à falta de independência dos árbitros estão ligadas a uma segunda crítica – a falta de qualidade das decisões. Segundo um dos advogados entrevistados com larga experiência em arbitragem, a falta de independência dos árbitros faz com que eles não se sintam totalmente livres para decidir, o que enfraquece a qualidade das decisões tomadas.

“Duas razões, falta de independência dos árbitros e falta de qualidade das decisões. Se calhar decorrendo da falta de independências dos árbitros. Talvez por errada escolha dos árbitros, não sei. Mas tenho tido algumas decisões muito fraquinhas em termos de qualidade. Em Portugal, na arbitragem eu acho que isso não acontece. Se perguntar a colegas meus, incluindo eu se alguma vez perdi uma arbitragem, nunca perdi uma arbitragem. O árbitro, em Portugal, não é capaz de decidir livremente. Acha sempre que tem que contentar as duas partes.” (advogado)

Finalmente, entre as várias opiniões recolhidas é de frisar uma leitura comum – a de que as decisões arbitrais devem sempre poder ser alvo de recurso para um tribunal comum.

“A minha dúvida quanto à arbitragem e é aquilo que eu tenho dito publicamente é que achamos que não podemos eliminar a possibilidade de acesso aos tribunais por via da arbitragem, ou seja, a arbitragem necessária, nada a opor com alguns limites, mas atenção que isso não deve impedir o acesso aos tribunais públicos senão íamos criar situações altamente complexas de acesso ao direito. Por via do recurso, tem de haver direito ao recurso, não impedir o direito ao recurso. Isso preocupa-me muito. Na arbitragem voluntária admito a possibilidade das partes renunciarem ao recurso, se é voluntário e querem renunciar, nada a opor. Agora na arbitragem necessária, acho que não há hipótese, tem de haver o direito ao recurso. Tem de haver válvula de escape senão estaríamos a entrar na privatização da justiça.” (organismo de representação)

A impossibilidade de, em alguns casos, se interpor recurso para um tribunal judicial, bem como um certo “secretismo” associado às decisões, leva alguns dos entrevistados a falarem do fenómeno da privatização da justiça. A ideia de privatização dos serviços de justiça é associada, pelos entrevistados, à ausência de mecanismos de fiscalização e à falta de transparência destes meios alternativos de resolução de litígios.

“Vamos imaginar que uma empresa X vendeu um produto que está estragado e que alguém lhe vem levantar o problema. É evidente que para esta empresa uma arbitragem secreta que ninguém sabe, que só paga a indemnização àquele que detetou o problema e que levantou o problema, é óbvio que, para esta empresa é bom. Mas é mau socialmente porque a empresa continua a vender o produto e a ‘vigarizar’ não sei quantas pessoas e a não indemnizar pelo prejuízo que criou. A justiça privativa tem estes problemas permanentemente. A arbitragem já hoje é uma solução muitas vezes cara que depois não tem nenhum mecanismo de fiscalização. O que custa, de toda a estrutura judicial, são os mecanismos de garantia. Nos mecanismos da arbitragem estas coisas funcionam relativamente mal.” (organismo de representação).

Capítulo 4

Regime Jurídico¹

4.1. Protocolos Pré-judiciais

4.1.1. Finalidade

Uma das finalidades da reforma processual inglesa consistiu na atribuição de um papel de maior destaque à resolução extrajudicial do litígio. Desta forma, no âmbito da gestão processual, o juiz deve encorajar as partes a utilizarem meios de resolução alternativa de litígios e facilitar a utilização destes meios².

Neste contexto, foram criados diversos protocolos pré-judiciais (*pre-action protocols*), cujo principal objetivo é criar condições para que as *partes cheguem a acordo*, evitando assim a ação judicial. Para tanto, promove-se o *conhecimento prévio e em traços gerais* dos factos e dos meios de prova que cada parte pretende invocar numa eventual ação judicial. Quando não seja possível o acordo entre as partes, a fase pré-judicial permite *restringir as questões em litígio*, contribuindo assim para uma maior rapidez da ação³.

Desde a aprovação das CPR, foram já criados protocolos pré-judiciais para um conjunto de matérias específicas como, por exemplo, *negligência médica*, *ofensas à integridade física* ou *acidentes de viação de baixo valor*⁴. A generalidade

1. A referência aos preceitos legais e às obras doutrinárias consta do relatório jurídico – disponível em <https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica> – tendo-se optado por não a repetir no presente texto. As referências específicas deste relatório temático surgem em nota de fim.
2. Regra 1.4(2), alíneas e) e f) das Civil Procedure Rules.
3. Lord Woolf, *Access to Justice – Final Report*, disponível *online* em <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> (consultado em outubro de 2012), 1996.
4. Até ao momento, foram aprovados 12 protocolos pré-judiciais. A lista completa pode ser consultada *online*, em <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>.

dos litígios em matéria comercial ou contratual estão cobertos por um protocolo pré-judicial geral⁵.

4.1.2. Protocolo pré-judicial geral

Este protocolo não se aplica a todas as situações, uma vez que nem sempre fará sentido e em alguns casos poderá mesmo pôr em causa os interesses que a ação visa salvaguardar – pense-se numa providência cautelar⁶.

Seguindo uma estrutura comum aos protocolos pré-judiciais, o protocolo geral inicia-se com o envio de uma carta à reclamada, da qual deve constar uma *descrição genérica do litígio*. Neste momento, o reclamante deve ainda *identificar os documentos* em que se baseia a pretensão e requerer a apresentação (*disclosure*) daqueles que se encontrem em poder da parte contrária⁷. Ao fixar o prazo para resposta, o reclamante deve ter em conta as *circunstâncias do caso*: assim, se para um litígio pouco complexo, esse prazo pode ser de apenas 14 dias, em casos mais complexos poderá ser adequado um prazo superior a 30 dias⁸.

Na resposta, a reclamada deve afirmar se *aceita*, no todo ou em parte, a *pretensão* deduzida; em caso de rejeição (ainda que parcial), cabe-lhe indicar os fundamentos para a sua posição, incluindo os documentos em que se apoia⁹.

Este é também o momento adequado para as partes ponderarem a utilização de um *meio de resolução alternativa de litígios*¹⁰.

Quanto à nomeação de peritos para avaliar os danos invocados, coloca-se especial ênfase na indicação de um *perito único*¹¹. A nomeação pode ser *conjunta*, caso em que ambas as partes podem dirigir instruções ao perito (*single joint expert*) ou *da responsabilidade de uma das partes*, ainda que com o acordo da parte contrária (*agreed expert*).

4.1.3. Protocolos pré-judiciais específicos

Tendo em conta a diversidade de protocolos pré-judiciais específicos, optou-se por restringir a análise a apenas alguns deles.

5. O protocolo pré-judicial geral está previsto na *practice direction* Pre-Action Conduct.

6. *Practice direction* Pre-Action Conduct, parágrafo 2.2.

7. *Practice direction* Pre-Action Conduct, anexo A, parágrafos 2.1 e 2.2.

8. *Practice direction* Pre-Action Conduct, parágrafo 7.2.

9. *Practice direction* Pre-Action Conduct, anexo A, parágrafo 4.2.

10. *Practice direction* Pre-Action Conduct, parágrafos 2.2(2) e 4.2(4).

11. *Practice direction* Pre-Action Conduct, anexo C, parágrafo 3.

O protocolo pré-judicial em matéria de *danos corporais* aplica-se quando a indemnização requerida não ultrapasse 25 mil libras. Pode, assim, constatar-se que estão em causa sobretudo os litígios que, na eventualidade de ação judicial, estarão (em princípio) incluídos na *fast track*. A teleologia subjacente a este protocolo é, no entanto, relevante mesmo nos litígios com valor mais elevado¹².

Como momento prévio, prevê-se a possibilidade de *contacto informal* entre o reclamante e a reclamada ou a seguradora desta¹³.

Em traços gerais, é possível constatar que o protocolo tem início com o envio da *letter of claim* à reclamada, com um resumo dos factos e dos danos sofridos¹⁴. A parte contrária deve acusar a receção da reclamação num prazo de 21 dias, sendo que o incumprimento deste prazo permite ao reclamante propor ação judicial sem consequências negativas, nomeadamente a nível de custas¹⁵. Em seguida, a parte contrária dispõe de três meses para apurar os factos alegados e responder, aceitando ou rejeitando a responsabilidade¹⁶.

As partes devem considerar a possibilidade de recorrer a meios de resolução alternativa de litígios, podendo ser penalizadas a nível de custas caso não o façam¹⁷.

É interessante confrontar esta breve análise do protocolo pré-judicial relativo a danos corporais com as conclusões de um trabalho de investigação conduzido pouco tempo depois da entrada em vigor das novas regras. Por um lado, verificou-se que os advogados das seguradoras passaram a receber mais cedo informação detalhada sobre o litígio, embora também se tenha assistido a um atraso generalizado no envio das *letter of claim*. Por outro lado, algumas seguradoras consideram que o prazo de 21 dias para acusar a receção da *letter of claim* é excessivamente curto, sobretudo porque esta é – em regra – enviada ao reclamado, que depois tem de a transmitir à seguradora¹⁸.

Este protocolo pré-judicial prevê ainda um método original para a nomeação de peritos, em que o reclamante elabora uma lista com alguns peritos

12. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafos 2.2 e 2.3.

13. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafo 2.6.

14. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafo 3.2.

15. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafo 3.6.

16. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafo 3.7.

17. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafo 2.16.

18. Tamara Goriely, Richard Moorhead e Pamela Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior*, Law Society and Civil Justice Council, London, 2002, pp. XI a XII.

e, caso o réu concorde com um dos nomes indicados, este é designado na qualidade de *agreed expert*¹⁹.

Este método de nomeação tem permitido uma ligeira redução do número de peritos, mas parece implicar uma menor celeridade na apresentação do relatório médico, decorrente da necessidade de contactar a reclamada e de esperar a resposta desta. Este último efeito acaba, no entanto, por ser mitigado, pois uma vez obtido o relatório as propostas de acordo são formuladas mais cedo, o que permite que as partes também cheguem a acordo mais cedo. Por outro lado, verifica-se que alguns reclamantes não partilham as indicações dadas ao perito com a parte contrária, chegando mesmo a requerer alterações ao relatório ou a não disponibilizar o mesmo à outra parte²⁰.

A análise de outros protocolos pré-judiciais específicos sugere que a estrutura é bastante semelhante àquela que acaba de descrever-se – é o que sucede, por exemplo, no caso da *negligência profissional*. Já no protocolo pré-judicial relativo à *negligência médica*, a principal novidade consiste na necessidade de o reclamante obter, antes de mais, os registos médicos junto do prestador de cuidados de saúde²¹.

4.1.4. Inobservância dos protocolos pré-judiciais

A relevância dos protocolos pré-judiciais torna-se mais notória quando se considera a possibilidade de serem aplicadas sanções às partes caso estas não sigam os trâmites neles previstos. Assim, as partes devem declarar nos articulados se observaram o protocolo pré-judicial relevante²².

A inobservância pode, por exemplo, traduzir-se na não disponibilização de informação suficiente à parte contrária, na falta de resposta dentro de um determinado prazo ou na recusa injustificada em ponderar a utilização de meios de resolução alternativa de litígios²³. Ao aferir do cumprimento dos protocolos pré-judiciais, o juiz deve ter em conta o carácter urgente da questão em litígio e a importância dos trâmites que foram observados, não

19. Pre-Action Protocol Personal Injury Claims, parágrafos 3.15 e 3.19

20. Tamara Goriely, Richard Moorhead e Pamela Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior*, Law Society and Civil Justice Council, London, 2002, pp. XVIII, XIX e XXV.

21. Pre-Action Protocol Clinical Negligence, parágrafos 3.7 e 3.15.

22. Practice direction Pre-Action Conduct, parágrafo 9.7.

23. Practice direction Pre-Action Conduct, parágrafo 4.4.

devido focar-se em desvios meramente formais²⁴. Por outro lado, não há lugar à aplicação de sanção quando a inobservância do procedimento estiver justificada²⁵.

As sanções aplicáveis são de diversa natureza: entre outras, prevê-se a suspensão da ação para que os trâmites em falta sejam observados, a imposição de custas judiciais à parte responsável (de acordo com regras de proporcionalidade) e a possibilidade de reduzir ou aumentar os juros aplicáveis ao montante que a decisão julgue serem devidos, consoante a inobservância seja do autor ou do réu²⁶. Por outro lado, o tribunal pode ainda condenar a parte no pagamento de uma multa, de acordo com as CPR²⁷.

Verifica-se, no entanto, que uma das críticas dirigidas aos protocolos pré-judiciais é a falta de sanções adequadas em caso de inobservância, pois muitas vezes não é possível propor de imediato a ação judicial, sendo ainda necessário obter outros elementos (por exemplo, um relatório pericial ou o depoimento de testemunhas)²⁸.

4.1.5. Vantagens e desvantagens

Uma das características mais interessantes dos protocolos pré-judiciais é o facto de incentivarem uma *cultura de negociação e de cooperação* entre as partes²⁹. De facto, os protocolos pressupõem uma maior partilha de informação entre as partes, a delimitação conjunta do âmbito das questões em litígio e a consideração de meios de resolução alternativa de litígios, entre outras questões.

Os benefícios da cooperação neste momento refletem-se ainda na redução da extensão e dos custos do *disclosure* numa subsequente ação judicial, pois a obrigação de *disclosure* de certos documentos é extensível aos protocolos pré-judiciais.

24. Practice direction Pre-Action Conduct, parágrafo 4.3.

25. Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 13.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 68.

26. Practice direction Pre-Action Conduct, parágrafo 4.5.

27. Regra 3.1(5) das Civil Procedure Rules.

28. Tamara Goriely, Richard Moorhead e Pamela Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior*, Law Society and Civil Justice Council, London, 2002, pp. III e XIII.

29. Aa. Vv., *Managing Discovery: Discovery of Documents in Federal Courts*, disponível online em <http://www.alrc.gov.au/publications/managing-discovery-discovery-documents-federal-courts-alrc-report-115> (consultado em outubro de 2012), 2011, pp. 285 e 286.

Há, no entanto, uma série de aspetos que têm merecido reparos, a começar pela concentração dos custos na fase pré-judicial (*front-loading of costs*), algo que pode criar obstáculos acrescidos no acesso à justiça por parte de alguns cidadãos. Por outro lado, a questão de saber se as partes observaram os trâmites enunciados nos protocolos pré-judiciais pode dar origem a mais um foco de litígio³⁰. A tendência para a manutenção ou aumento dos custos é outro aspeto que preocupa a generalidade dos intervenientes³¹.

Aliás, com base em dados recolhidos através de entrevistas, Rupert Jackson defende mesmo a eliminação do protocolo pré-judicial geral, uma vez que este não é adequado a todos os litígios (nomeadamente aos litígios comerciais) e pode gerar atrasos e aumento dos custos. Já no que respeita aos protocolos pré-judiciais específicos, a generalidade dos inquiridos defende a sua manutenção, se bem que com alterações pontuais³².

4.2. Mediação

A Diretiva n.º 2008/52/CE define *mediação* 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. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro. Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão”³³.

30. Aa. Vv., *Managing Discovery: Discovery of Documents in Federal Courts*, disponível online em <http://www.alrc.gov.au/publications/managing-discovery-discovery-documents-federal-courts-alrc-report-115> (consultado em outubro de 2012), 2011, p. 286.

31. Tamara Goriely, Richard Moorhead e Pamela Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior*, Law Society and Civil Justice Council, London, 2002, pp. XXV a XXVII.

32. Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs – Final Report*, disponível online em <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/o/jacksonfinalreport140110.pdf> (consultado em outubro de 2012), 2009, pp. 345 a 347 e 353 a 354.

33. Artigo 3.º, alínea a) da Diretiva n.º 2008/52/CE.

Esta definição não foi transposta para o nosso ordenamento jurídico. Na legislação portuguesa, o conceito pode ser encontrado na LJP. A lei estabelece que se trata de “uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e de 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”³⁴.

O conceito é mais amplo na Diretiva, caracterizando-se apenas pela existência de um processo estruturado em que um terceiro assiste as partes na tentativa de resolução de um litígio. Não tendo sido transposta para o CPC qualquer definição, deve aceitar-se a do diploma comunitário como ponto de partida.

O princípio fundamental da mediação é o *empowerment*, traduzido no *pleno poder das partes*, que engloba a sua *participação ativa e direta* e a *voluntariedade*. A solução para o litígio deve ser encontrada pelas partes e não induzida pelo mediador, mantendo aquelas, ao longo de todo o processo, a liberdade no que respeita à sua participação e ao acordo a obter.

A *confidencialidade* e a *informalidade* também são princípios essenciais da mediação, aos quais podemos acrescentar a *celeridade*, a *flexibilidade* e o facto de o recurso à mediação não excluir a utilização posterior de qualquer outro meio de resolução de litígios.

O mediador tem de ser *imparcial*, devendo limitar-se a conduzir a negociação entre as partes. O seu objetivo deve passar por levar as partes a discutir os seus *interesses*, em detrimento das suas posições, normalmente mais inflexíveis, constituindo uma barreira ao acordo.

Discute-se entre dois modelos de mediação, um com interferência mais ativa do mediador, a *evaluative mediation* (mediação interventiva), e outro com menor intervenção, a *facilitative mediation* (mediação facilitadora).

Embora se possa afirmar que o modelo da *mediação facilitadora* é o modelo oficial na mediação pública e, em geral, no sistema português, a ausência de referência à questão no CPC permite concluir que as regras gerais aí consagradas se aplicam a qualquer processo de mediação, mesmo com maior intervenção do mediador.

A distinção entre mediação pública e mediação privada é igualmente relevante.

34. Artigo 35.º, n.º 1 da Lei dos Julgados de Paz.

A mediação pública, total ou parcialmente regulada e financiada pelo Estado, encontra-se prevista em áreas específicas, em que se considera que se trata de um meio de resolução de litígios potencialmente mais eficaz e adequado, nomeadamente pela relação de proximidade ou de contacto entre as partes.

A competência, a organização e o funcionamento do sistema de *mediação laboral* foram regulados por protocolo celebrado em 5 de maio de 2006 entre o Ministério da Justiça e algumas entidades representativas do sector. A Portaria n.º 282/2010, de 25 de maio, aprovou o regulamento para o procedimento de seleção de mediadores de conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação laboral (anexo III).

A Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, criou um regime de *mediação penal*, em execução da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. O recurso a este procedimento alternativo é incentivado pela própria lei: estando em causa alguns crimes menos graves, o Ministério Público deve, entre outros aspetos, privilegiar a mediação penal, cabendo ainda aos órgãos de polícia criminal assegurar o esclarecimento dos arguidos e dos ofendidos dos termos em que a remessa para mediação penal pode ter lugar.

A atividade do sistema de *mediação familiar* foi regulada pelo Despacho n.º 18 778/2007, do gabinete do secretário de Estado da Justiça, de 13 de julho, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 22 de agosto de 2007. A já referida Portaria n.º 282/2010 aprovou, no anexo II, o regulamento do procedimento de seleção de mediadores de conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação familiar. Refira-se, ainda, que a lei estabelece que, “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar”³⁵.

Nos Julgados de Paz, a mediação também tem uma forte componente pública, tal como acontece no domínio do direito do consumo, com os centros de arbitragem apoiados pelo Estado e os centros de informação autárquicos, que realizam mediações de conflitos.

35. Artigo 1774.º do Código Civil.

4.2.1. Regime jurídico

Discutir o regime jurídico da mediação implica, num primeiro momento, perceber quais os litígios que podem ser resolvidos por esta via (mediabilidade).

A Diretiva 2008/52/CE exclui do seu âmbito de aplicação os litígios “no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável”³⁶. Esta norma não foi transposta para o nosso CPC, pelo que se discute a possibilidade de mediação quando a questão envolva uma *situação jurídica indisponível*.

A lei portuguesa é bastante abrangente, indicando que “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios”³⁷.

Alguns autores entendem que não se deve impedir a mediação, pelo menos a privada (porque a pública pode estabelecer requisitos específicos), mesmo quando possam estar implicadas situações jurídicas indisponíveis; outros autores, estabelecendo um paralelismo com o regime da transação, entendem que a mediação não pode incidir sobre direitos indisponíveis.

Para quem defende a possibilidade de mediação, o controlo da conformidade com a lei deve ser feito em relação ao acordo final. O acordo não será válido no caso de implicar o desrespeito por um direito indisponível, sendo válido no caso contrário. Em muitos casos, o resultado da mediação afasta-se do ponto de partida do processo, podendo já não estar aí em causa qualquer direito indisponível.

O resultado da mediação será, em regra, um *negócio jurídico*, unilateral ou bilateral, constituindo, neste último caso, um contrato de transação. De acordo com a lei, “se da mediação resultar um acordo, as partes podem requerer a sua homologação por um juiz”³⁸.

A homologação pode revelar-se importante para a execução da decisão. No nosso ordenamento jurídico, como um documento escrito e assinado pelas partes (forma necessária da transação) já constitui título executivo, a sua relevância é menor. De qualquer forma, a homologação tem a importância de *transformar o título extrajudicial em título judicial*, reduzindo os fundamentos de oposição à execução.

36. Artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva n.º 2008/52/CE.

37. Artigo 249.º-A, n.º 1 do Código de Processo Civil.

38. Artigo 249.º-B, n.º 1 do Código de Processo Civil.

Quanto ao controlo pelo juiz, a lei determina que “a homologação judicial de acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor”³⁹. Se o acordo não estiver em conformidade com a lei, o juiz não o pode homologar, devendo devolvê-lo às partes, as quais podem, no prazo de dez dias, submeter um novo acordo a homologação.

O juiz deve, portanto, *verificar a conformidade do acordo* com a legislação em vigor. Discute-se em relação a este ponto se o juiz se deve limitar a analisar se o acordo viola a *ordem pública* ou se deve analisar, para além de questões de capacidade e de forma, *todos os requisitos do objeto negocial*, não homologando o acordo se este tiver objeto física ou legalmente impossível, for indeterminável, contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Na Alemanha, foi aprovada recentemente – em dezembro de 2011 – a lei da mediação (*Mediationsgesetz*). Trata-se, no essencial, de uma lei de bases, que contém os princípios fundamentais relativos a este meio de resolução de litígios. Assim, por exemplo, consagra-se o *princípio da confidencialidade* e permite-se que as partes *executem o acordo* obtido na mediação *de forma rápida e económica*.

Mesmo antes de a nova lei da mediação estar em vigor, era possível e relativamente comum o juiz proferir um despacho aconselhando as partes a recorrer à mediação. Após a entrada em vigor da lei, o referido despacho continua a consubstanciar uma mera recomendação, que não vincula as partes. Desta forma, quando não constitua condição de admissibilidade da ação, a mediação surge como uma fase eventual, que tem lugar oficiosamente, com o acordo das partes ou a requerimento destas.

A mediação poderá ser iniciada em qualquer fase do processo, falando-se na figura do *processo híbrido* (“*Hybridverfahren*”). Com efeito, o processo judicial e o processo de mediação correm paralelamente e poderá não haver suspensão do processo judicial em caso de recurso à mediação. Esta circunstância poderá implicar que as partes estejam mais recetivas à resolução alternativa de litígios, designadamente em virtude dos resultados da produção da prova ou da avaliação das respetivas probabilidades de sucesso no âmbito da ação judicial.

39. Artigo 249.º-B, n.º 3 do Código de Processo Civil.

4.2.2. Sistemas de integração

Já se referiu que a *voluntariedade* é um dos princípios fundamentais da mediação, na medida em que as partes devem dispor de liberdade para decidir se querem participar e manter-se no processo, podendo sair a qualquer momento.

Este princípio pode colidir com os sistemas que tornam a mediação obrigatória. A questão pode colocar-se em dois planos, o da constitucionalidade destes sistemas e o da sua oportunidade. Quanto à *constitucionalidade*, a Constituição não parece impedir que o acesso aos tribunais fique dependente de uma tentativa prévia de resolução do litígio através de outro meio, desde que esta nova etapa não afete a tutela efetiva da situação jurídica. Já no que respeita à *oportunidade*, defende-se que a mediação obrigatória desvirtua o meio de resolução de litígios, afetando a sua essência e, assim, dificultando a obtenção de resultados satisfatórios.

No direito comparado, temos alguns exemplos de *sistemas de mediação obrigatória*.

Em Itália, o Decreto Legislativo de 4 de março de 2010, n.º 28 estabelece a *obrigatoriedade de mediação prévia* à propositura de ação judicial que incida, entre outras, sobre as seguintes matérias: condomínio, direitos reais, sucessões, locação, comodato, indemnizações resultantes de acidentes de viação, responsabilidade médica, contratos de seguros e contratos bancários.

A tentativa de resolução do litígio através de mediação constitui *condição de admissibilidade* da ação judicial, pelo que o incumprimento deste dever acarreta efeitos processuais radicais. A falta de mediação prévia pode ser invocada pelo réu ou conhecida *ex officio*.

Em Inglaterra e no País de Gales existe, desde abril de 2011, um caso em que a mediação é obrigatória antes de as partes poderem recorrer a tribunal: trata-se do processo de divórcio. Não se encontram previstos outros casos de mediação obrigatória.

Na Alemanha, a Lei de Introdução ao Código de Processo Civil prevê, desde 2000, a possibilidade de os Estados federados consagrarem a *obrigatoriedade de recurso à mediação* antes de ser proposta uma ação judicial em determinadas circunstâncias (pedido com valor patrimonial não superior a 750 euros e, independentemente do valor, litígios em matéria de propriedade confinante, de ofensa à honra de uma pessoa, desde que não tenha sido cometida na imprensa ou rádio, ou relativos à violação da lei da igualdade).

Apesar de a lei não se referir diretamente à mediação, a regra tem sido interpretada no sentido de ser aplicada essencialmente a este meio de resolução de litígios. Desde então, vários *Länder* introduziram regras sobre mediação obrigatória, entre os quais se podem destacar os seguintes: Nordrhein-Westfalen, Bayern, Baden-Württemberg, Saarland, Hessen e Brandenburg.

Retomando a análise dos diferentes sistemas de integração da mediação no sistema judicial, pode admitir-se uma *solução intermédia*, impondo-se às partes a participação numa sessão de pré-mediação, para conhecimento do processo e tomada de uma decisão esclarecida quanto à participação.

Não sendo obrigatória, a mediação pode ser *induzida*, se se consagrar uma consequência negativa para o caso de a parte não recorrer ou não aceitar a mediação.

A nossa lei já aponta neste sentido, embora de forma tímida: o CPC estabelece que “o autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”⁴⁰; o Regulamento das Custas Processuais (doravante “RCP”) determina que estão isentos de custas “os trabalhadores ou familiares, em matéria de direito do trabalho, quando sejam representados pelo Ministério Público ou pelos serviços jurídicos do sindicato, quando sejam gratuitos para o trabalhador, desde que o respetivo rendimento ilíquido à data da proposição da ação ou incidente ou, quando seja aplicável, à data do despedimento, não seja superior a 200 UC, quando tenham recorrido previamente a uma estrutura de resolução de litígios, salvo no caso previsto no n.º 4 do artigo 437.º do Código do Trabalho e situações análogas”⁴¹.

Ambas as normas remetem para portaria a determinação das estruturas de resolução alternativa de litígios relevantes para este efeito, mas estas portarias não foram publicadas até ao momento, pelo que o regime ainda não se aplica.

Estas soluções de mediação induzida, apesar de parecerem aceitáveis do ponto de vista constitucional, podem *desvirtuar a essência do processo de mediação*, na medida em que partes se sentem vinculadas a participar.

40. Artigo 447.º-D, n.º 4 do Código de Processo Civil.

41. Artigo 4.º, n.º 1, alínea h) do Regulamento das Custas Processuais.

A obrigação de participar num processo de mediação pode também resultar de um contrato, nos casos em que as partes assim o estabeleçam. Importa definir quais os efeitos do *incumprimento de uma cláusula de mediação*, ou seja, o que é que acontece se uma das partes propuser imediatamente uma ação judicial ou iniciar um processo de arbitragem sem previamente recorrer à mediação.

Podem conceber-se duas soluções para este problema: por um lado, o incumprimento pode ter *efeitos processuais*, afetando a jurisdição do tribunal, que deve absolver o réu da instância; por outro lado, pode ter *efeitos meramente obrigacionais*, devendo quem incumpriu indemnizar a contraparte pelos prejuízos daí resultantes.

Não se encontrando regulada a questão no nosso ordenamento jurídico, os efeitos não podem ser processuais, sendo, assim, meramente obrigacionais.

4.2.3. Barreiras à utilização da mediação

A doutrina que se tem debruçado sobre esta matéria identificou algumas barreiras potenciais a uma utilização mais frequente da mediação que, no essencial, podem reconduzir-se a fatores *psicológicos* e a fatores relacionados com o próprio *sistema jurídico* e com a *prática forense*.

Começando pela vertente *estrutural e organizacional*, um dos aspetos que têm sido salientados é a existência de *custas judiciais reduzidas e dispersas* no tempo. No fundo, a ideia é a de que as custas judiciais não desincentivam o recurso a tribunal por quem esteja apenas interessado em protelar a resolução do litígio.

Outro dos fatores que pode afetar negativamente o recurso à mediação é o *desconhecimento* deste meio de resolução alternativa de litígios. Um estudo realizado nos Estados Unidos demonstra uma utilização mais frequente da mediação pelos advogados que estão mais familiarizados com esta (83%), embora mesmo os mandatários que têm um conhecimento menos profundo da mediação não deixem de a discutir com os seus clientes na maioria dos casos (61%)⁴².

A falta de programas de mediação oferecidos pelo Estado ou a não integração dos meios de resolução alternativa de litígios, em geral, e da mediação, em particular, no sistema jurídico-processual são outros dos fatores avançados para explicar a reduzida utilização da mediação. Em Portugal, há diversos

42. Roselle Wissler, "Barriers to Attorneys' Discussion of ADR", in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2004 (vol. 9.º, n.º 2), p. 481

programas de mediação sectorial promovidos pelo Estado como, por exemplo, a mediação familiar, a mediação laboral, a mediação penal ou a mediação no âmbito dos julgados de paz; por outro lado, a lei processual civil contém algumas regras sobre a mediação, embora haja bastantes aspetos que ainda não se encontram regulados.

Por outro lado, a *perceção generalizada* da insuficiência de mediadores ou da falta de qualidade destes pode também constituir uma barreira à utilização mais acentuada da mediação. No entanto, num inquérito realizado junto de advogados israelitas, a maioria dos inquiridos (63%) afirmou que a qualidade do mediador não constitui uma razão para não recorrerem à mediação. No mesmo sentido, alguns estudos realizados nos Estados Unidos sugerem que fatores como a experiência ou o treino dos mediadores não são essenciais para as partes ou para os advogados. Pelo contrário, alguns autores salientam que o aumento dos requisitos de *formação e qualificação* pode ter *efeitos negativos*, como o aumento dos custos da mediação ou a redução do número de mediadores disponíveis no mercado.

No que respeita à *prática forense*, é importante salientar o contributo essencial dos advogados na escolha do meio de resolução do litígio. De facto, quando os cidadãos recorrem a aconselhamento jurídico, há uma tendência natural para confiar ao advogado um papel ativo nas fases subseqüentes do litígio. Assim, a intervenção do advogado é essencial quando se trata de optar pelo recurso à mediação (ou a outro meio de resolução alternativa de litígios) ou à via judicial.

A doutrina que se tem debruçado sobre esta matéria considera que há vários aspetos com potencial para condicionar a posição dos advogados acerca da mediação. Assim, alguns autores alertam que o risco de *redução dos honorários* pode ser um obstáculo a uma maior utilização da mediação. Por outro lado, há uma diferença notória entre a *definição do âmbito do problema* na mediação e no processo judicial: enquanto a mediação procura incluir todos os interesses das partes subjacentes ao litígio, a ação judicial é caracterizada pela predominância das questões jurídicas. Torna-se, pois, necessário adotar práticas e estratégias diferentes num e noutro contexto.

Desta forma, não é de estranhar que alguns advogados manifestem a sua preferência pela *negociação* ou pela *conciliação* – que, mesmo assim, são mais próximas do raciocínio e dos procedimentos a que recorrem de forma mais ou menos frequente – em detrimento da *mediação*.

Por fim, alguns advogados norte-americanos demonstram alguma relutância quanto ao envolvimento dos clientes na mediação, o que pode contribuir para o afastamento deste meio de resolução de litígios. Esta resistência inicial tende a dar lugar a uma visão mais favorável sobre a participação dos clientes na sessão de mediação à medida que a experiência se acumula.

Ainda a este propósito, refira-se que a intervenção do advogado na mediação parece residir sobretudo no *aconselhamento ao cliente* e no *controlo da atividade do mediador*. Esta diferença marcada em relação ao papel tradicional do advogado – que passa muito por uma *postura ativa* na definição da estratégia processual a adotar em cada momento – pode ser encarada como uma ameaça para a *identidade social e profissional* dos advogados, colocando assim em causa uma aceitação mais generalizada da mediação.

Os fatores de *ordem psicológica* são muitas vezes inconscientes mas não deixam de influenciar – e, em alguns casos, de forma significativa – a opção de recorrer à mediação. Por exemplo, a *aversão a perdas* pode levar as partes a recorrer à via judicial, ainda que a mediação se apresentasse como a alternativa racional do ponto de vista *económico*. Pense-se em alguém que encare a *incerteza* associada ao desfecho da ação judicial como uma *vantagem* por comparação com a flexibilidade de procedimentos e com a rapidez e redução de custos que caracterizam o processo de mediação.

Por outro lado, o objetivo das partes também influencia a escolha do meio de resolução do litígio. Desta forma, quando uma das partes assume como principal objetivo a *reposição da justiça*, é possível que recuse uma proposta economicamente vantajosa. Da mesma forma, este intuito pode conduzir a parte aos tribunais, privilegiando uma *solução pública* para o litígio que a envolve.

Outro dos fatores que pode condicionar o recurso à mediação é o *excesso de confiança* que decorre da valorização, por cada parte, dos factos que lhe sejam favoráveis e de uma falsa sensação de controlo dos advogados. No fundo, este fenómeno faz com que a possibilidade de insucesso da ação (no caso do autor) ou o sucesso da mesma (tratando-se do réu) não seja encarada à partida com a necessária reflexão. Este estado de espírito implica uma menor abertura e interesse das partes e dos advogados em relação a meios alternativos de resolução do litígio, precisamente porque se parte do princípio de que a posição defendida irá triunfar em juízo.

4.3. Conciliação

Há alguma discussão na doutrina sobre o conceito de conciliação, com alguns autores a defenderem que esta se distingue da mediação por pressupor uma *atitude mais ativa* (comparada com uma postura supostamente mais facilitadora da mediação), enquanto outros autores negam a distinção entre a mediação e a conciliação.

Existe, no entanto, uma distinção fundamental entre estes meios de resolução alternativa de litígios quando a conciliação é conduzida pelo juiz da causa. De facto, nesta situação as partes sabem que estão na presença do juiz responsável por decidir a causa se não for possível chegar a acordo e o próprio juiz tem interesse em promover o acordo, já que a transação lhe permite pôr termo a um processo. Verifica-se, pois, o afastamento de alguns dos postulados fundamentais da mediação (designadamente, o *empowerment* e a confidencialidade), o que justifica a autonomização da conciliação levada a cabo pelo juiz da causa. Adota-se, assim, um conceito de *conciliação jurisdicional*.

O papel preponderante reservado ao *princípio da cooperação* pela revisão de 1995-1996 do CPC pode levar a uma reconfiguração da própria conciliação judicial. Neste sentido, Paulo Pimenta refere que “a procura da solução conciliatória supõe que todos os intervenientes assumam uma posição construtiva, cooperante e dialogante. Supõe que todos revejam o seu modo de atuar neste tipo de diligências”.

4.3.1. Momento processual

No direito português, a tentativa de conciliação é uma das finalidades da *audiência preliminar*, discutindo-se o seu carácter *obrigatório* ou *facultativo* nesta fase do processo.

Assim, há quem defenda que o princípio da cooperação impõe ao juiz o *dever* de procurar conciliar as partes na audiência preliminar. Uma parte significativa da doutrina entende, pelo contrário, que a convocação da audiência preliminar com o objetivo de conciliar as partes corresponde a um *poder discricionário* do juiz, pelo que este apenas deverá exercê-lo quando considere oportuno. Para Joana Paixão Campos, “impor como obrigatória a tentativa leva a que ela seja encarada apenas como mais uma fase a cumprir (...) uma tentativa de conciliação nestes moldes tem pouca utilidade”.

É interessante traçar um paralelo com o direito alemão: embora a lei estabeleça que a tentativa de conciliação pode ter lugar em qualquer estado da causa, esta é encarada como um *passo tendencialmente necessário e prévio* à primeira audiência de discussão oral, quer se trate da audiência preliminar ou da audiência final. Não obstante, a audiência de conciliação pode ser *dispensada* quando seja manifesto que esta não será bem-sucedida ou caso já se tenha tentado a mediação, sem êxito, em instância extrajudicial.

Na audiência de discussão e julgamento, a lei portuguesa determina a *obrigatoriedade* da tentativa de conciliação, o mesmo se passando nos Julgados de Paz.

4.3.2. Procedimento de conciliação

De acordo com o disposto no GPC, a tentativa de conciliação deve limitar-se às ações em que estejam em causa *direitos disponíveis*, pois a transação só é possível nestes casos. Alguns autores consideram, no entanto, que a conciliação também é útil quando, pese embora a indisponibilidade do direito, seja possível a desistência da instância – assim, por exemplo, nas ações de divórcio ou de separação de pessoas e bens.

A tentativa de conciliação deve dirigir-se à *solução de equidade* que se mostre *mais adequada ao litígio em questão*. Este preceito tem suscitado alguma controvérsia na doutrina: há quem dele retire uma responsabilização do juiz pelo conteúdo do acordo, enquanto outros referem tratar-se de um resquício de uma conceção autoritária do processo civil, que não faz, atualmente, sentido, concluindo que o acordo das partes só tem que conformar-se com os requisitos de homologação da transação.

Caso não seja possível alcançar um acordo sobre todas as questões litigiosas, a lei determina a consignação em ata dos fundamentos avançados pelas partes para a manutenção do litígio. Esta regra é criticada por alguns autores, uma vez que pode condicionar o comportamento das partes no decurso da conciliação, havendo mesmo quem defenda que a exigência legal pode considerar-se satisfeita, caso as partes assim acordem, com uma descrição genérica das razões que justificam a persistência do litígio.

No ordenamento jurídico alemão, o tribunal pode determinar a comparencia pessoal das partes na audiência de conciliação e, em caso de falta de ambas, dá-se a suspensão do processo. Na audiência, o tribunal deve procurar

esclarecer o estado da causa, podendo colocar questões às partes quando tal seja necessário. A lei alemã permite ao juiz *formular propostas de acordo por escrito*, algo que não sucede em Portugal.

O principal reparo da doutrina alemã neste âmbito está relacionado com a prática reiterada de marcação da audiência de conciliação e da audiência preliminar para a mesma data, o que pode retirar alguma importância à fase conciliatória. No entanto, os autores realçam que esta prática pode ser adequada à finalidade visada pela audiência de conciliação, na medida em que a discussão oral permita ultrapassar o impasse em que as partes se encontravam, assim facilitando a *transação judicial*.

4.3.3. Técnicas de conciliação

Em Portugal, há poucos dados acerca das técnicas utilizadas no âmbito da conciliação. Ainda assim, pode constatar-se que alguns dos métodos utilizados consistem na realização de reuniões com cada uma das partes, sem a presença da outra (o chamado *caucus*), de forma a permitir ao juiz identificar os traços essenciais do litígio para cada uma das partes; e na criação de insegurança quanto ao desfecho da ação, com o objetivo de levar as partes a repensar a sua atitude ou ainda na sugestão de um valor para o acordo.

No âmbito da visita aos tribunais alemães, foi possível assistir a uma tentativa de conciliação, na qual o juiz demonstrou às partes que o melhor caminho era o acordo, dirigindo-se em especial a uma delas, mais inflexível, dizendo que a sua posição era bastante frágil. Para além disso, o juiz alertou ambas as partes para a circunstância de os custos da prova pericial serem suscetíveis de consumir qualquer vantagem patrimonial que poderia advir de uma sentença favorável às respetivas pretensões. O juiz acabou por fazer uma proposta, num valor intermédio, com as partes a disporem de algum tempo para discutir a questão com os seus mandatários fora da sala de audiências. A proposta acabou por ser aceite, após alguma hesitação, tendo-se assim encerrado o processo.

A experiência norte-americana é bastante mais rica nesta matéria, dando conta de diversos métodos⁴³. Assim, por exemplo, a fixação da data do julgamento na sequência da resposta do réu e a estrita observância dessa data leva

43. A exposição das diversas experiências internacionais segue de perto a descrição de Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 96 a 98.

a que os advogados foquem a sua atenção no caso, equacionando a possibilidade de acordo, em virtude da proximidade do julgamento. A intervenção ativa do juiz através da identificação dos aspetos mais fortes e mais fracos da posição da parte ou mesmo na avaliação das perspetivas de sucesso da ação é outra prática utilizada.

Há técnicas de conciliação que privilegiam uma abordagem da vertente pecuniária do litígio – é o caso do seguro no *Lloyds Bank*, em que é ficcionada a celebração de um contrato de seguro pelo réu para precaver o risco de perda da ação, com o intuito de levar as partes a calcular as respetivas probabilidades de sucesso de forma tão objetiva quanto possível. Numa aproximação diferente, o método de conciliação pode centrar-se na obtenção de um pedido de desculpas ou na retoma da relação contratual entre as partes.

A vasta experiência adquirida no sistema norte-americano permitiu, de igual modo, identificar algumas técnicas indesejáveis. É o caso de práticas que consistam em favorecer a parte mais fraca (por exemplo, através de conselhos ou decisões interlocutórias) ou que traduzam coerção para que a parte ou o seu advogado aceitem o acordo (entre outras, exigir que a parte justifique a recusa de uma proposta de acordo ou ameaçar transferir a causa para outro tribunal no dia de julgamento)⁴⁴.

4.3.4. Riscos da conciliação judicial

A conciliação judicial tem suscitado algumas preocupações, sobretudo na doutrina norte-americana, visto ser conduzida pelo juiz que julga o caso.

Ora, pode afirmar-se que o juiz tem interesse direto na obtenção de um acordo, uma vez que liberta a sua agenda de um processo. Importa, assim, assegurar que a sua *imparcialidade* não sai beliscada da conciliação e que as *partes não se sentem pressionadas* a entrar num acordo com o qual não se identifiquem.

A *confidencialidade* é outro elemento que não pode verificar-se na conciliação, já que as funções de conciliador e de decisor residem, simultaneamente, na mesma pessoa. Ora, este facto pode implicar uma menor abertura das partes, assim dificultando a obtenção de um acordo.

44. Daisy Hurst Floyd, “Can the Judge do That? The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement”, in *Arizona State Law Journal*, 1994 (vol. 26.), pp. 55 e 56.

Por outro lado, a falta de regulamentação legal da conciliação é suscetível de conduzir a situações de injustiça processual. A técnica do *caucus*, por exemplo, pode implicar a violação do princípio do contraditório se o conteúdo da sessão, quando relevante, não for transmitido à parte contrária. Aliás, a realização de reuniões separadas com cada uma das partes pode gerar na outra um sentimento de desconfiança quanto ao que se passou nessas sessões⁴⁵.

Também o facto de o juiz ser chamado a avaliar o caso antes da produção da prova – como implicam algumas técnicas de conciliação – pode levar a uma pré-compreensão do processo, assim influenciando os resultados probatórios e a decisão final⁴⁶.

A doutrina tem apresentado diversas propostas para ultrapassar estas dificuldades, como a repartição da tentativa de conciliação e do julgamento da causa por juízes diferentes ou a possibilidade de o juiz pedir escusa ou renunciar quando entenda que a sua imparcialidade está afetada pelos elementos obtidos no decurso da conciliação.

O sistema alemão permite, de certa forma, ultrapassar esta dificuldade, pois prevê que a tentativa de conciliação pode ser conduzida por um juiz do *Amtsgericht*, aspeto que denota algum paralelismo com o disposto na lei francesa ou com os *buddy judges* de inspiração norte-americana.

Esta solução, que não conhece paralelo na lei portuguesa, pode constituir um contributo interessante no sentido de *minorar ou mesmo eliminar a eventual perda de imparcialidade* que alguns autores associam à intervenção ativa do juiz na tentativa de obter um acordo entre as partes. No entanto, é discutível se esta situação se reconduz ao conceito de conciliação adotado, uma vez que não há intervenção do juiz da causa.

4.4. Arbitragem

A arbitragem constitui um meio de resolução alternativa de litígios *adjudicatório*, uma vez que, ao contrário do que sucede na mediação e na conciliação,

45. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 94 e 98 a 100.

46. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 93 e 94.

o terceiro (árbitro) decide o litígio, em termos vinculativos para as partes. A solução deixa, assim, de estar no domínio pleno das partes.

Numa breve caracterização da arbitragem, pode dizer-se que esta tem uma *função jurisdicional*, pois envolve o poder de decisão dos litígios, e – exceto nos casos de arbitragem necessária – tem *origem contratual* (convenção de arbitragem). Os tribunais arbitrais são reconhecidos como tribunais pela Constituição.

É necessário distinguir a *arbitragem institucionalizada* e a *arbitragem ad hoc*: a primeira realiza-se junto de uma instituição arbitral, necessariamente reconhecida pelo Ministério da Justiça (Decreto-lei n.º 425/86, de 27 de setembro), enquanto a segunda se desenrola num tribunal constituído especificamente para esse efeito.

Em Portugal, tem sido utilizada a arbitragem para dois tipos de litígios muito diversos, que se encontram nos extremos no que respeita ao seu valor económico médio. Assim, por um lado, a arbitragem encontra-se prevista para *pequenos litígios*, em especial de consumo, sendo regulada e financiada, no essencial, pelo Estado; por outro lado, é bastante utilizada para litígios de *grande valor económico*, entre empresas, como alternativa aos tribunais judiciais. Enquanto os litígios de reduzido valor dificilmente seriam resolvidos em tribunal, devido aos custos associados, tratando-se, assim, de uma forma de garantir o acesso ao Direito, nos litígios com valor mais elevado a arbitragem surge como uma forma de resolução mais adequada do que os tribunais judiciais, por ser dada às partes a possibilidade de escolherem pessoas especializadas e garantir-se a confidencialidade e a celeridade.

4.4.1. Arbitragem necessária

A arbitragem pode ser voluntária ou necessária. Na *arbitragem voluntária*, as partes decidem livremente se celebram convenção de arbitragem e só ficam vinculadas a partir do momento da sua celebração. Pelo contrário, no caso pouco frequente da *arbitragem necessária*, a resolução dos litígios por arbitragem é imposta pela lei, não tendo as partes – ou uma delas – liberdade de decisão quanto ao recurso a este meio de resolução alternativa de litígios. Por esta razão, defende-se, por vezes, que a obrigatoriedade retira à arbitragem a sua essência, deixando por isso de o ser e confundindo-se com os meios tradicionais de resolução de litígios.

Nos tempos mais recentes, tem-se assistido a uma política do Estado marcada pela criação de diversos mecanismos de *arbitragem necessária sectorial*, a juntar aos já anteriormente existentes. Assim, numa enumeração ilustrativa, existe arbitragem necessária no domínio dos medicamentos, da venda de energia em alta tensão, da indemnização por expropriação, dos conflitos coletivos de trabalho e dos direitos de autor.

Destaque ainda para um mecanismo de arbitragem *sui generis*, introduzido recentemente no âmbito da resolução de alguns conflitos de consumo. Com efeito, de acordo com a nova redação da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que regula os serviços públicos essenciais com vista à proteção do utente, “os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”⁴⁷. Ou seja, trata-se de um *caso atípico* de arbitragem necessária *unilateral*, com o objetivo de proteção do consumidor, que pode decidir como resolver o litígio, só estando vinculado à arbitragem o prestador de serviço. Pode dizer-se, assim, que a arbitragem só é necessária, neste caso, para o profissional, sendo ainda voluntária para o consumidor.

4.4.2. Regime jurídico

Foi aprovada recentemente em Portugal uma nova lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional e alinhada com as tendências internacionais.

O recurso só poderá ser resolvido por arbitragem se as partes o tiverem previamente acordado através de uma convenção arbitral. Essa convenção pode ser contemporânea do litígio (compromisso arbitral) ou anterior a ele, constando por regra do contrato do qual o litígio emerge (cláusula compromissória).

A produção de efeitos da convenção arbitral depende da sua *validade e eficácia*, sendo aplicáveis as regras gerais relativas ao negócio jurídico em tudo quanto não se encontre especificamente regulado.

No que respeita à forma, a convenção de arbitragem deve ter *forma escrita*, requisito este que é entendido em sentido amplo. Assim, considera-se escrita

47. Artigo 15.º, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

a convenção inserida num documento assinado pelas partes ou numa troca de correspondência entre estas, seja através de carta, *fax* ou correio eletrónico. Admite-se ainda que a convenção conste diretamente do documento ou resulte de remissão deste para outro documento que a contenha. No direito inglês, não se exige que a convenção de arbitragem seja assinada pelas partes.

O incumprimento do requisito de forma gera a nulidade da convenção, mas a *aceção ampla* de forma escrita abrange ainda a troca de petição inicial e contestação sem que seja suscitada a invalidade da convenção arbitral.

Entramos agora na questão de saber quais os *litígios arbitráveis*, ou seja, aqueles que podem ser resolvidos através de arbitragem.

A LAV estabelece que “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”⁴⁸.

No que respeita à primeira parte da norma, não são arbitráveis os litígios em relação aos quais *lei especial exclua a arbitragem voluntária*, exclusão que pode ser expressa ou tácita. A exclusão tácita dá-se normalmente quando a aplicação das sanções em causa é monopólio do Estado, por dependerem do exercício de poderes de autoridade. É o que sucede, por exemplo, no processo criminal, onde também se caminha, aliás, no sentido de alguma privatização dos interesses em causa, como se pode ver pela consagração da mediação penal.

A arbitrabilidade pode ser *objetiva* ou *subjéctiva*, dizendo a primeira respeito ao objeto do litígio e a segunda à possibilidade de entidades públicas serem parte de um processo de arbitragem.

No que respeita à *arbitrabilidade subjéctiva*, a própria lei admite a participação do Estado na arbitragem em determinadas situações, ao referir que “O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”⁴⁹.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, determina que, “sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: *a*) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução; *b*) Questões

48. Artigo 1.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária.

49. Artigo 1.º, n.º 5 da Lei de Arbitragem Voluntária.

de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso; c) Questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva⁵⁰. Os artigos seguintes do CPTA adaptam as regras da LAV a estes litígios.

Por seu turno, o principal critério para a aferição da *arbitrabilidade objetiva* é o da *patrimonialidade* do interesse, combinado com a *transigibilidade* do direito, à semelhança do que resulta da lei alemã.

Em Inglaterra, é adotado um *critério aberto*, só não sendo possível a arbitragem em matérias excluídas. A lei italiana é mais restrita, ao prever a *disponibilidade do direito* como limite à arbitrabilidade, tal como sucedia na anterior LAV portuguesa.

O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro, como sucede na arbitragem de consumo em Portugal, ou por vários árbitros. Na arbitragem comercial, a regra nas leis portuguesa, alemã e italiana é a de que, na falta de estipulação das partes, o tribunal é constituído por três árbitros; o direito inglês consagra como regra supletiva o árbitro único.

As partes podem designar o árbitro ou árbitros ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos. Supletivamente, a lei portuguesa determina que cada parte designa um árbitro, escolhendo os árbitros designados o terceiro árbitro que completa o tribunal. Na falta de nomeação de algum árbitro, esta passa a caber, a requerimento de uma das partes, a um tribunal estadual.

Um dos aspetos normalmente apontados como vantagem da arbitragem em relação aos meios tradicionais de resolução de litígios é a *maior celeridade* do processo.

No direito português, as partes têm total liberdade para, na convenção de arbitragem ou em acordo posterior, fixarem o prazo para a decisão ou o modo de estabelecer esse prazo. O prazo supletivo é de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro, podendo ser prorrogado, sem limites, por acordo das partes ou por decisão fundamentada do tribunal, salvo se as partes se opuserem. Quando o prazo para decisão não for cumprido, a consequência é o *termo do processo arbitral* e a *extinção do poder jurisdicional dos árbitros* quanto ao litígio em questão, sendo que a convenção de arbitragem permanece eficaz.

50. Artigo 180.º, n.º 1 do Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos.

Por seu turno, no direito italiano o prazo é de 240 dias, enquanto na Inglaterra e na Alemanha não se prevê um prazo supletivo, seguindo neste aspeto a Lei-Modelo da UNCITRAL.

Quanto à deliberação propriamente dita, se o tribunal for coletivo, a decisão é tomada por maioria ou, quando não seja possível formar maioria, pelo presidente do tribunal. Se um árbitro, regularmente convocado, se recusar a participar, a sua falta não obsta à deliberação, salvo convenção em contrário, embora a boa-fé imponha que se tente encontrar uma data em que todos estejam disponíveis.

A decisão deve ser reduzida a escrito e conter os elementos indicados na lei. É suficiente a assinatura da maioria dos árbitros ou do árbitro presidente que decidiu, desde que se mencione a razão para a falta de assinatura dos demais árbitros. O processo arbitral termina com a prolação da decisão.

A lei coloca à disposição das partes vários meios de impugnação da sentença arbitral, com especial destaque para a *ação de anulação*, uma vez que esta não pode ser afastada pelas partes. De facto, a ação de anulação é o meio de garantia de que os princípios fundamentais do processo justo foram cumpridos, pressuposto necessário para que o Estado possa reconhecer efeitos jurisdicionais a uma decisão arbitral. O carácter irrenunciável da ação de anulação é, aliás, uma característica extensível aos restantes ordenamentos jurídicos analisados.

Questão diversa é a *renúncia tácita* ao direito de impugnação fundado num determinado vício que, de acordo com a lei, é possível desde que o vício resulte da violação de uma norma supletiva ou acordada entre as partes e a parte tenha tomado conhecimento do mesmo, sem o invocar de imediato ou no prazo fixado para o efeito. Por seu turno, a incompetência do tribunal arbitral não pode ser invocada após a apresentação da defesa, embora logo enuncie duas exceções que limitam o alcance desta regra.

A ação de anulação deve ser proposta no prazo de 60 dias a contar da data da notificação da decisão. Em Inglaterra, o prazo é de 28 dias, na Alemanha é de três meses e em Itália de 90 dias.

Os fundamentos de anulação encontram-se elencados, de forma aparentemente taxativa, na LAV, cujo proémio refere que a decisão “só pode ser anulada” num dos casos previstos na lei. Os fundamentos expressamente previstos são a invalidade da convenção de arbitragem; a violação dos princípios

do processo justo, com influência decisiva na resolução do litígio; a incompetência do tribunal arbitral; a irregular composição do tribunal e a violação da convenção de arbitragem, desde que tenham influência decisiva na resolução do litígio; o excesso ou a omissão de pronúncia; a falta das assinaturas exigidas; a falta de fundamentação; o decurso do prazo para decisão; a inarbitrabilidade do litígio e a violação da ordem pública internacional.

Neste particular, refira-se que nos direitos inglês, alemão e italiano, a *ordem pública* também consta do elenco de fundamentos de anulação, embora sem referência ao seu carácter interno ou internacional.

4.4.3. Árbitro

Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes, não estando previsto qualquer requisito no que respeita à formação ou atividade profissional. O árbitro tem liberdade para aceitar ou recusar o exercício da função mas, após a aceitação, não pode escusar-se exceto se existir *causa superveniente* que o impossibilite de exercer a função ou na *ausência de acordo* com as partes quanto aos *honorários e despesas* dos árbitros.

A LAV estabelece que “os árbitros devem ser independentes e imparciais”⁵¹, estando o árbitro sujeito a um dever de revelar qualquer circunstância que possa pôr em causa a sua independência ou imparcialidade. O árbitro pode ser recusado quando existam *fundadas dúvidas* sobre a sua independência ou imparcialidade ou caso não possua as qualidades acordadas pelas partes. Os direitos inglês, alemão e italiano contêm regimes semelhantes.

4.4.4. Processo arbitral

Uma das principais virtualidades da arbitragem é a *flexibilidade das regras processuais* e a *liberdade na criação e combinação de regras* de forma a adaptá-las às especificidades de cada litígio em concreto. Esta margem criativa implica, naturalmente, o conhecimento de diversas realidades processuais oriundas do próprio ordenamento jurídico nacional – pense-se, por exemplo, no Regime Processual Civil Experimental – ou de codificações internacionais, como é o caso dos Princípios do Processo Civil Transnacional ou das *UNCITRAL Arbitration Rules*.

51. Artigo 9.º, n.º 3 da Lei de Arbitragem Voluntária.

Assim, não deve constituir surpresa o facto de a LAV dedicar poucas normas à regulação do processo arbitral, precisamente porque as regras aplicáveis podem ser escolhidas pelas partes, nomeadamente na convenção de arbitragem ou pelos árbitros, caso as partes não o façam.

De acordo com a lei portuguesa, as partes podem acordar sobre as regras processuais até ao *momento da aceitação do primeiro árbitro*. Pelo contrário, no direito italiano esta possibilidade só existe *antes de proposta a ação arbitral* e nos direitos alemão e inglês existe a *qualquer momento*, mas se a escolha for posterior à constituição do tribunal, qualquer árbitro pode escusar-se com este fundamento. Na falta de escolha pelas partes, esta passa a caber aos árbitros.

Os únicos limites à liberdade das partes e dos árbitros nesta matéria são as normas imperativas e os *princípios fundamentais* consagrados na LAV, que abrangem no seu espírito o *princípio do processo equitativo* constitucionalmente consagrado. Estes princípios fundamentais são bastante semelhantes nos restantes ordenamentos jurídicos analisados.

No que respeita à prova, a LAV refere que cabe aos árbitros “determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir”⁵².

Um dos exemplos da flexibilidade na determinação das regras processuais é a possibilidade de os árbitros determinarem a *bifurcação do processo*. Esta técnica parte da delimitação das diferentes questões a decidir no processo arbitral, tendo em vista que a atividade probatória, a discussão e o julgamento de cada uma dessas questões podem ocorrer em separado.

A bifurcação do processo é especialmente vantajosa quando os vários aspetos em que se desdobra o litígio estão de tal forma relacionados entre si que a apreciação de um deles pode permitir ao tribunal decidir o caso. Assim, quando uma das questões suscitadas assumia natureza prévia em relação às demais e se conclua pela sua improcedência, o processo arbitral pode chegar ao fim, não sendo necessário apreciar os demais aspetos controvertidos.

A doutrina tem apresentado como exemplo paradigmático desta técnica o caso em que o autor pede a condenação do réu no pagamento de uma indemnização com base em responsabilidade civil. Nesta situação, entende-se que faz sentido autonomizar a produção de prova, discussão e julgamento a propósito da ilicitude, apenas entrando na apreciação da culpa quando se

52. Artigo 30.º, n.º 4 da Lei de Arbitragem Voluntária.

conclua, previamente, que o réu praticou um facto ilícito. Da mesma forma, se uma das partes arguir a incompetência do tribunal arbitral com base na invalidade da cláusula arbitral, pode fazer sentido apreciar, antes de mais, esta questão, apenas passando ao fundo da causa caso se conclua no sentido da validade da cláusula arbitral.

Importa salientar, no entanto, que a bifurcação do processo não se adequa a todas as situações. Assim, a finalidade de *economia processual* que lhe está subjacente implica, no entender de alguns autores, que a prova relevante para a apreciação de cada uma das questões deva ser substancialmente diferente, de forma a evitar a duplicação das diligências probatórias. Por outro lado, há que ponderar se a repartição da instrução, discussão e julgamento de alguns dos aspetos controvertidos por momentos diferentes é ou não suscetível de criar uma situação de *desequilíbrio injustificado entre as partes* ou de conduzir a uma *sentença menos acertada*, porque proferida sem conhecimento de todos os factos relevantes para a boa decisão da causa.

Outro possível exemplo da flexibilidade do processo arbitral consiste na utilização das *IBA Rules on the Taking of Evidence* como modelo de regulação da prova documental ou pericial.

4.5. Outros meios de resolução alternativa de litígios

O *minitrial* é um meio de resolução alternativa de litígios de carácter não vinculativo, cujo intuito é permitir que as partes tenham uma *perspetiva mais clara e informada* acerca das *questões controvertidas* de modo a *facilitar as negociações* subsequentes. Na generalidade dos casos, as partes são auxiliadas por um terceiro neutral – como um advogado, um juiz reformado ou um professor universitário – embora a intervenção do terceiro não seja um elemento essencial neste processo.

Em termos práticos, o que sucede é o seguinte: os advogados expõem brevemente o caso às partes e ao terceiro; as partes reúnem-se para negociar e o terceiro pode pronunciar-se, quando necessário, sobre o caso sem força vinculativa, procurando identificar os pontos fortes e fracos nos argumentos apresentados.

A técnica do *minitrial* potencia uma intervenção mais ativa das partes em negociações subsequentes, pois permite a cada uma delas ouvir e compreender

os argumentos da parte contrária, detetar eventuais pontos fracos e fortes da argumentação e conhecer a perspetiva de um terceiro neutral. Em litígios entre pessoas coletivas, a doutrina salienta que o *minitrial* permite às partes – representadas pelos seus administradores – adotar uma *abordagem empresarial do problema*⁵³.

O *minitrial* é utilizado nos Estados Unidos sobretudo em litígios com valor significativo, envolvendo – por exemplo – matéria contratual, seguros, patentes ou responsabilidade civil. Esta técnica afigura-se menos adequada quando as partes pretendam um precedente vinculativo, em litígios relacionados com direitos indisponíveis ou em que o contrainterrogatório seja imprescindível. Muitas vezes, o *minitrial* tem lugar após a apresentação dos articulados e antes da produção da prova.

As principais vantagens do *minitrial* são o potencial de facilitação do acordo e a circunstância de permitir que a resolução do litígio parta dos próprios interessados, ainda que auxiliados por um terceiro. Quanto às desvantagens, é possível referir os custos associados, o considerável investimento de tempo que é exigido das partes ou a perda do efeito surpresa, uma vez que cada parte fica a conhecer alguns dos argumentos da outra.

O *summary jury trial* é uma vertente desta técnica, especialmente adequada ao direito norte-americano, em que o painel formado pelas partes e pelo terceiro é substituído por um painel de jurados. Neste caso, o veredicto desempenha a mesma função que o parecer do terceiro no *minitrial*: não tem força vinculativa, procurando apenas auxiliar as partes a compreender quais os pontos fortes e fracos da sua argumentação e qual a reação que poderão esperar de um juiz ou de um júri, colocado perante o caso.

Por seu turno, a *avaliação neutral prévia* pressupõe a intervenção de um terceiro – por regra, um advogado especializado na área do litígio – que analisa a argumentação de ambas as partes, procurando identificar os pontos fortes e fracos. O avaliador neutral pode ainda aconselhar as partes sobre a forma mais eficiente de proceder ao *discovery* de documentos ou auxiliá-las na obtenção de um acordo⁵⁴.

53. Stephen Goldberg, in *Segunda Conferência de Meios de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Agora Publicações, Lisboa, 2005, p. 92.

54. A propósito do *mini-julgamento* e da *avaliação neutral prévia*, cfr. ainda Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 18 e 19.

Por fim, quando o litígio envolva questões que requeiram conhecimentos especializados em determinada área (por exemplo, em casos de negligência médica), a intervenção de um perito neutral pode ter um papel importante no ajustamento das expectativas das partes quanto ao resultado da ação e, assim, facilitar a obtenção de um acordo.

4.6. Propostas de acordo formais

O direito inglês permite que uma proposta de acordo que não tenha sido aceite produza consequências a nível de custas, uma vez verificados certos pressupostos. A figura das *propostas de acordo formais* destina-se, assim, a permitir a valoração do comportamento das partes durante as negociações no momento da repartição das custas. Uma proposta de acordo formal pode ser formulada na fase pré-judicial ou no decurso da ação [regra 36.3(2) das CPR].

Há uma série de requisitos que devem estar reunidos para que se possa falar de uma proposta de acordo formal. De acordo com a regra 36.2 das CPR, entre outros aspetos, é necessário que a proposta seja escrita, que indique o prazo para aceitação (em regra, não pode ser inferior a 21 dias) e se tem por objeto a totalidade ou apenas parte do pedido e que enuncie, de forma expressa, que se destina a produzir os efeitos de uma proposta formal. A proposta deve ser suficientemente precisa para que a sua aceitação implique a celebração de um contrato entre as partes.

A aceitação da proposta implica a suspensão da instância [regra 36.11(1) das CPR] e o pagamento da quantia acordada deve ser feito, salvo acordo das partes em contrário, no prazo de 14 dias contado da aceitação [regra 36.11(6), alínea *a*) das CPR].

O regime das propostas de acordo formais assume maior interesse em caso de não aceitação, uma vez que é possível repercutir a recusa na determinação das custas quando a proposta não tenha sido retirada ou não tenha sido feita nos 21 dias anteriores ao julgamento [regra 36.10(4) das CPR]⁵⁵.

Para tanto, é ainda necessário que a *decisão seja menos favorável do que a proposta*, no que traduz um conceito indeterminado que deverá ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso. Por exemplo, a jurisprudência já

55. Mesmo que a proposta tenha sido retirada, o tribunal pode tê-la em conta na repartição das custas (regra 44.3 das CPR).

considerou que um ganho de 51 libras em relação à proposta não é um resultado mais favorável num caso que envolvia custas judiciais no valor de 80 mil libras⁵⁶.

Reunidos estes pressupostos, convém distinguir as situações em que a proposta tenha sido recusada pelo autor ou pelo réu. No primeiro caso, o réu responde pelas custas do autor até ao termo do prazo para aceitação da proposta e o autor será responsável pelas custas subsequentes, com juros [regra 36.14(2), alíneas *a*) e *b*) das CPR]. No segundo caso, o réu será responsável pela totalidade das custas, sendo devidos juros sobre o seu montante e sobre o valor que o réu tenha sido condenado a pagar ao autor.

O tribunal pode, no entanto, afastar estas regras quando considere que a sua aplicação seria injusta no caso concreto. Alguns dos fatores a ter em conta ao tomar esta decisão são o momento em que a proposta foi efetuada, os seus termos, a informação de que as partes dispunham ou a sua conduta, nomeadamente se recusaram informações que teriam permitido uma melhor avaliação da proposta [regra 36.14(4) das CPR]. Entre os exemplos práticos da aplicação desta regra, destaque para o caso em que uma das partes recusou participar na mediação e para outra situação em que a parte deduziu um pedido exagerado, de forma intencional⁵⁷.

Um aspeto central deste regime é o facto de as propostas de acordo só serem comunicadas ao juiz após a decisão final, no momento de determinação das custas [regra 36.13(2) das CPR]. São, portanto, sigilosas até ao momento da decisão.

De acordo com os resultados de um trabalho de investigação sobre as CPR, as propostas de acordo formais são encaradas de forma positiva pela generalidade dos advogados, como uma forma de obter resposta da parte contrária ou de estabelecer um teto máximo para as negociações subsequentes. Uma das principais críticas está relacionada com a falta de sanções adequadas para a rejeição da proposta quando esta seja formulada pouco antes do julgamento ou em litígios de valor mais reduzido. Para alguns advogados, outro aspeto problemático é a excessiva complexidade deste regime⁵⁸.

56. Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 13.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 560.

57. Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 13.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 561.

58. Tamara Goriely, Richard Moorhead e Pamela Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior*, Law Society and Civil Justice Council, London, 2002, pp. XXI e XXII e p. 39.

Capítulo 5

Síntese Conclusiva

5.1. Protocolos pré-judiciais

(i) Finalidade da fase pré-judicial – Em Inglaterra, existe uma fase pré-judicial que tem como intuito principal criar condições para a obtenção de um acordo, através da troca de informação entre as partes; na falta de acordo, esta fase permite delimitar as questões em litígio.

(ii) Protocolos pré-judiciais – A generalidade dos litígios comerciais e contratuais estão abrangidos por um protocolo pré-judicial geral. A par deste, existem protocolos pré-judiciais específicos, por exemplo, em matéria de danos corporais, negligência médica ou acidentes de viação de baixo valor.

(iii) Sanções em caso de inobservância – A inobservância dos protocolos pode ter como consequência a suspensão da ação para que os trâmites em falta sejam cumpridos, a imposição de custas à parte responsável e a redução ou aumento dos juros aplicáveis ao montante que a decisão julgue serem devidos (consoante seja imputável ao autor ou ao réu). Em qualquer caso, é ainda possível a aplicação de uma multa.

(iv) Vantagens e desvantagens – Entre as vantagens, os autores referem que os protocolos pré-judiciais criam uma cultura de negociação e cooperação entre as partes e permitem reduzir a extensão e os custos do *disclosure* numa ação judicial subsequente. Quanto às desvantagens apontadas, são essencialmente três: concentração dos custos na fase pré-judicial; possível criação de um novo foco de litígio quanto à observância dos protocolos e a tendência para a manutenção ou aumento dos custos da litigância.

5.2. Mediação

- (i)** Litígios mediáveis – Numa interpretação puramente literal da lei portuguesa, qualquer litígio pode ser objeto de mediação. A doutrina diverge, porém, no que diz respeito à mediação de litígios relativos a direitos indisponíveis.
- (ii)** Valor jurídico do acordo de mediação – A lei portuguesa estabelece que o acordo de mediação é passível de homologação judicial. Caso seja homologado, o documento assume natureza de título executivo judicial.
- (iii)** Homologação e controlo do juiz – A doutrina diverge quanto à maior ou menor amplitude dos poderes judiciais de controlo da conformidade do acordo de mediação com a legislação em vigor.
- (iv)** Mediação obrigatória – Na Alemanha, em Inglaterra e em Itália prevê-se, em determinados casos, a obrigatoriedade da mediação pré-judicial (sendo que na Alemanha este caminho foi seguido por alguns Estados federados, mas não por outros). Pelo contrário, o ordenamento jurídico português não contempla hipóteses de mediação obrigatória.
- (v)** Barreiras à utilização da mediação – O recurso à mediação pode ser condicionado por aspetos estruturais do próprio sistema jurídico (custas judiciais reduzidas e dispersas, desconhecimento da mediação, falta de programas de mediação promovidos pelo Estado), por fatores ligados à prática forense e por aspetos psicológicos (aversão a perdas, procura da justiça e excesso de confiança).

5.3. Conciliação

- (i)** Momento processual – Em Portugal, discute-se a natureza obrigatória ou facultativa da tentativa de conciliação na audiência preliminar; na audiência de discussão e julgamento, a obrigatoriedade resulta da lei. Na Alemanha, a tentativa de conciliação é encarada como um passo tendencialmente necessário e prévio à primeira audiência de discussão oral, podendo ser dispensada em alguns casos.
- (ii)** Litígios conciliáveis – Embora a lei portuguesa limite a tentativa de conciliação aos litígios relativos a direitos disponíveis, alguns autores defendem a sua utilidade mesmo quando se trate de direitos indisponíveis.

(iii) Técnicas de conciliação – Entre os métodos utilizados encontram-se a realização de reuniões com cada uma das partes, sem a presença da(s) outra(s) (*caucus*); a criação de insegurança quanto ao desfecho da ação, com o objetivo de levar as partes a repensar a sua atitude, a sugestão de um valor para o acordo ou a identificação, pelo juiz, dos aspetos mais fortes e mais fracos da posição da parte.

(iv) Riscos da conciliação – Os principais riscos da conciliação são a perda de imparcialidade do juiz, a possibilidade de as partes se sentirem pressionadas para chegarem a acordo, a eventual injustiça processual de algumas técnicas ou a possibilidade de pré-compreensão do processo antes da produção da prova. As soluções apontadas consistem na repartição da tentativa de conciliação e do julgamento por juízes distintos ou na possibilidade de o juiz pedir escusa.

5.4. Arbitragem

(i) Legislação – Foi aprovada recentemente em Portugal uma nova lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional e alinhada com as tendências internacionais.

(ii) Arbitragem necessária – Em Portugal, tem-se assistido nos últimos anos à criação de diversos mecanismos de arbitragem necessária setorial, a juntar aos já anteriormente existentes. Assim, por exemplo, prevê-se a arbitragem necessária no domínio das patentes ou da indemnização por expropriação.

(iii) Forma da convenção de arbitragem – Em todos os ordenamentos jurídicos analisados, a convenção arbitral deve obedecer necessariamente à forma escrita. Este requisito de forma é entendido em sentido amplo.

(iv) Arbitrabilidade – Em Portugal e na Alemanha são arbitráveis os litígios relativos a interesses de natureza patrimonial e aqueles que, não tendo carácter patrimonial, envolvam direitos que possam ser objeto de transação. Em Itália, só os litígios que envolvam direitos disponíveis podem ser objeto de arbitragem. No sistema inglês só não são arbitráveis os litígios excluídos.

(v) Número de árbitros – De acordo com a lei portuguesa, o tribunal arbitral deve ser composto por um número ímpar de árbitros; na ausência de estipulação das partes, o tribunal é constituído por três árbitros (o mesmo

se passando em Itália e na Alemanha), salvo na arbitragem de consumo, em que a regra é o árbitro único. O direito inglês estabelece, a título supletivo, o árbitro único.

(vi) Designação dos árbitros – A regra supletiva é a de que cada parte designa um árbitro, sendo o terceiro árbitro cooptado. Na ausência de acordo quanto à nomeação do terceiro árbitro ou havendo omissão de indicação do árbitro por uma das partes, a designação cabe ao Tribunal da Relação, na sequência de pedido.

(vii) Prazo de decisão – Na Alemanha e em Inglaterra não está previsto qualquer prazo supletivo para prolação da decisão; pelo contrário, em Itália o prazo supletivo é de 240 dias. Em Portugal, na ausência de estipulação das partes, o prazo é de 12 meses contados da data de aceitação do último árbitro e pode ser livremente prorrogado pelas partes e pelo tribunal (salvo oposição das partes) por períodos sucessivos de 12 meses.

(viii) Carácter irrenunciável da ação de anulação – Nenhum dos sistemas jurídicos analisados permite que as partes renunciem à ação de anulação. A lei portuguesa permite a renúncia tácita ao direito de impugnação com base num determinado vício quando este não seja invocado no momento oportuno.

(ix) Prazo de anulação – A ação de anulação deve ser proposta no prazo de 28 dias em Inglaterra, de 60 dias em Portugal, de 90 dias em Itália e de três meses na Alemanha.

(x) Fundamentos de anulação – Em Portugal, a decisão pode ser anulada por invalidade da convenção de arbitragem; violação dos princípios do processo justo, com influência decisiva na resolução do litígio; incompetência do tribunal arbitral; irregular composição do tribunal e violação da convenção de arbitragem, desde que tenham influência decisiva na resolução do litígio; excesso ou a omissão de pronúncia; a falta das assinaturas exigidas; a falta de fundamentação; decurso do prazo para decisão; inarbitrabilidade do litígio e violação da ordem pública internacional. A lei portuguesa prevê como causa de anulação da sentença arbitral a violação da ordem pública internacional; os direitos alemão, inglês e italiano também consideram a violação da ordem pública como fundamento de anulação, mas não esclarecem se se trata da ordem pública interna ou internacional.

(xi) Independência e imparcialidade – Todos os sistemas jurídicos analisados exigem que os árbitros sejam independentes e imparciais.

(xii) Escolha das regras de processo – Em Portugal, as partes podem acordar sobre as regras de processo até à aceitação do primeiro árbitro; na Alemanha e em Inglaterra, o acordo pode ocorrer a qualquer momento (permitindo-se a escusa do árbitro quando o acordo seja posterior à constituição do tribunal) e em Itália deve ter lugar antes do início da ação. Na ausência de acordo entre as partes, a lei portuguesa permite que os árbitros selecionem a tramitação processual que entendam adequada, com respeito pelas normas imperativas e pelos princípios fundamentais do processo.

(xiii) Grande flexibilidade processual – A arbitragem caracteriza-se, em todos os ordenamentos jurídicos estudados, por uma significativa flexibilidade processual.

(xiv) Princípios processuais fundamentais – De acordo com a lei portuguesa, o princípio da igualdade e o princípio do contraditório são princípios fundamentais do processo.

5.5. Outros meios de resolução alternativa de litígios

(i) Aspectos em comum – O *minitrial*, o *summary jury trial*, a avaliação neutral prévia e o perito neutral ajudam as partes a ter uma perspetiva mais completa e objetiva do litígio, para o que contribui a sua própria intervenção (no caso do *minitrial*) e a avaliação feita pelo terceiro neutral, e têm por objetivo facilitar a negociação entre as partes.

(ii) Traços distintivos – A principal diferença entre estas técnicas reside no grau de intervenção das partes – que é maior no *minitrial* – e no papel reservado ao terceiro neutral – membro de um painel, avaliador neutral ou perito.

5.6. Propostas de acordo formais

(i) Definição – De acordo com o direito inglês, uma proposta de acordo que não tenha sido aceite pode, verificados certos requisitos, influenciar a repartição das custas judiciais (propostas de acordo formais).

(ii) Pressupostos – As propostas de acordo formais devem obedecer a determinados requisitos, não devem – por regra – ter sido retiradas e a decisão deve ser menos favorável do que a proposta para a parte que a tenha rejeitado.

(iii) Momento – As propostas de acordo formais podem ser efetuadas na fase pré-judicial (nomeadamente, no âmbito de um procedimento pré-judicial) ou no decurso da ação, a qualquer momento.

(iv) Consequências – O principal efeito das propostas de acordo formais é a nível de custas. Assim, salvo decisão do tribunal em contrário, a parte que não aceitou a proposta será responsável pelas custas, no todo ou em parte, por juros sobre o montante das custas e – no caso do réu – por juros sobre o montante em que tenha sido condenado.

Capítulo 6

Propostas de Solução

6.1. Orientação geral

A primeira conclusão a retirar do presente Estudo é a reduzida utilização dos meios de Resolução Alternativa de Litígios em Portugal. Essa reduzida utilização não se deve, porém, a uma ideia contrária a estes mecanismos. Pelo contrário, dos dados constantes do inquérito e dos testemunhos recolhidos nas entrevistas, é notório que os atores judiciais veem com muito bons olhos outras formas de resolver os seus conflitos. Não só afirmam preferi-los quando têm escolha, como os consideram mais rápidos e menos dispendiosos.

Estes dados permitem-nos constatar que existe um enorme campo de possível desenvolvimento dos meios de resolução alternativa de litígios mas, em simultâneo, um grande desconhecimento dos operadores judiciais acerca destes meios.

Parece-nos, assim, que há grande utilidade na expansão dos meios de resolução alternativa de litígios, não só porque permitem libertar alguma energia dos tribunais (embora sempre uma percentagem reduzida), como também ou sobretudo porque podem consentir soluções mais adequadas ao caso concreto ou que melhor garantam a pacificação do litígio.

6.2. Proposta formal com consequências na repartição das custas

Caso uma das partes tenha feito uma proposta de acordo à parte contrária e essa proposta tenha sido recusada, propõe-se que a repartição das custas possa ter como base a proposta, uma vez verificados certos requisitos formais e se a decisão for menos favorável do que a proposta para a parte que a tenha

rejeitado. A proposta de acordo só deve ser revelada ao juiz após a decisão final e para o efeito de calcular as custas.

Trata-se de uma técnica já conhecida do ordenamento jurídico inglês e que é um bom incremento à ponderação séria de uma proposta de acordo, assim como uma solução mais justa de distribuição dos encargos com o processo.

6.3. Antecipar a troca de informação

O desenvolvimento dos meios de resolução alternativa de litígios deve ter em conta que estes meios são extraordinariamente eficazes quando implicam efetivamente uma troca de informação entre as partes que lhes permita, com alguma objetividade, aferir das forças e fraquezas do seu caso.

É isto que se passa, precisamente, nos protocolos pré-judiciais do direito inglês ou em outros meios extrajudiciais, como o *minitrial* ou a avaliação neutral prévia. A troca extrajudicial de argumentos tem como fim aproximar as partes de um acordo e fazê-las ver os argumentos e os meios de prova à disposição da parte contrária para, a partir dessa informação, ponderar a razoabilidade da sua pretensão.

A ideia de que só perante uma percepção dos argumentos de facto e de direito e dos meios de prova de ambas as partes é possível esperar um acordo ou de que a probabilidade da sua obtenção é muito superior é também confirmada pela prática judiciária do acordo “à boca do julgamento”.

Propõe-se, assim, a adoção de mecanismos extrajudiciais de troca de informação à semelhança dos protocolos pré-judiciais. Esses mecanismos seriam sempre facultativos, com um formalismo muito reduzido, visando tão só essa troca de informação.

Não ignoramos que a prática portuguesa será bastante renitente na sua utilização – a tradição forense é totalmente avessa a este tipo de procedimento. Parece-nos, pois, que seria útil começar em determinadas áreas de litigância – seguros de viação, por exemplo – em que a racionalidade económica dos operadores pode de alguma forma conduzir a que sejam mais facilmente persuadidos. Pode também pensar-se em penalizações ao nível de custas em caso de não utilização destes meios ou, ao contrário, na atribuição de benefícios pela sua utilização como, por exemplo, a dispensa de pagamento da taxa de

grandes litigantes quando, antes da propositura da ação, se tenha recorrido aos meios extrajudiciais de troca de informação.

Mas esta antecipação da troca de informação para efeitos de obtenção de acordo pode também ser conseguida no decurso do processo judicial. O juiz, no âmbito do seu poder de gestão, confrontado com uma situação em que lhe parece evidente que um acordo é possível ou adequado, pode pedir às partes que, de imediato, revelem a prova que têm sobre determinados factos para que, com essa revelação, se tornem evidentes os méritos e os deméritos de cada uma das posições defendidas.

Pode pois pensar-se, também, em procedimentos (simples e informais, naturalmente) que tenham como objetivo reunir condições para mais facilmente convencer as partes a chegar a acordo.

6.4. Incremento da conciliação judicial – propostas de acordo e formação

Foi referida pelos entrevistados, de forma muito consistente, a recetividade a um reforço dos poderes do juiz no âmbito da conciliação judicial. Esse reforço deve passar por uma maior consciencialização dos juízes quanto a técnicas de conciliação através dos seus programas de formação contínua, mas também pela desmistificação de alguns limites da intervenção judicial.

Com isto, pretende dizer-se que práticas como as propostas de acordo por escrito pelo juiz devem considerar-se admissíveis no nosso ordenamento jurídico, à semelhança do que sucede na Alemanha. Propõe-se, portanto, a previsão no Código de Processo Civil de uma proposta escrita e/ou oral de acordo pelo juiz, que este utilizará conforme entenda adequado ou não.

A direção mais ativa da conciliação judicial deve ser incentivada sobretudo através da formação dos juízes. Esta formação deve, numa fase inicial, passar simplesmente pela troca de experiências entre juízes, designadamente juízes de paz, onde a prática de conciliação está de certa forma enraizada. Depois poderia avançar-se para o ensino das técnicas da negociação e da mediação.

Os perigos da pressão sobre as partes devem, naturalmente, ser levados em conta: a efetiva consciência deste risco já é um bom começo para a sua prevenção.

6.5. Medidas de incremento da mediação – formação e regulação

A mediação privada tem um enorme potencial de crescimento, até porque apresenta enormes vantagens na Justiça Económica, onde a racionalidade dos operadores tende a ser, de certa forma, maior. Foram elencadas uma série de razões que podem dificultar o desenvolvimento da mediação em Portugal. Parece-nos que a barreira estará sobretudo no desconhecimento e desconfiança dos operadores judiciais. Em especial, é necessário incluir os advogados na promoção da mediação, tendo em conta que será sempre ao advogado que o cidadão ou a empresa recorrem (e bem).

Esta divulgação terá, pois, o seu terreno privilegiado através das entidades representativas da advocacia. Antes de mais, é importante fazer ver aos advogados que poderá haver nesta área uma boa possibilidade de aumento de rendimento e não o contrário. Não só podem eles próprios aprender a ser mediadores, como podem ganhar proporcionalmente mais do que em longos litígios em tribunal.

Por outro lado, é necessário regular alguns aspetos da mediação, muito em particular os efeitos da convenção de mediação e os limites do acordo de mediação.

Redator principal

PINTO-FERREIRA, João Pedro
É Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, na área de Direito Processual Civil. Tem alguns textos publicados: “O Litisconsórcio Necessário Legal e o Litisconsórcio Necessário Natural. A Necessidade ou não da Distinção” (*in Themis*, 2010) e “A Arbitragem Voluntária na Jurisprudência dos Tribunais Superiores”, em co-autoria com Mariana França Gouveia (*in Análise de Jurisprudência Sobre Arbitragem*, Almedina, 2011).

Fundação Francisco Manuel dos Santos

Estudos da Fundação

Justiça Económica em Portugal

- I. O Sistema Judiciário
 - II. Factos e Números
 - III. Síntese e Propostas
-
1. Novo Modelo Processual
 2. Gestão Processual e Oralidade
 3. Prova
 4. Citação
 5. Recuperação do IVA
 6. Resolução Alternativa de Litígios

Coordenador do Programa Justiça e Direito: Nuno Garoupa

Outros estudos da Fundação

Desigualdade Económica em Portugal

Coordenador: Carlos Farinha Rodrigues

2012

Avaliações de Impacto Legislativo: Drogas e Propinas

Coordenador: Ricardo Gonçalves

2012

Publicado em duas versões: estudo completo e versão resumida

Segredo de Justiça

Autor: Fernando Gascón Inchausti

2013

Informação e Saúde

Autor: Rita Espanha

2013

O Cadastro e a Propriedade Rústica em Portugal

Coordenador: Rodrigo Sarmiento de Beires

2013

Escolas para o séc. XXI

Autor: Alexandre Homem Cristo

2013

Processos de Envelhecimento em Portugal: usos do tempo, redes sociais e condições de vida

Coordenador: Manuel Villaverde Cabral

2013

Director de Publicações: António Araújo

Conheça todos os projectos da Fundação em www.ffms.pt

Os litígios podem ser resolvidos através de outros meios que não os tribunais. O elenco dos meios de resolução alternativa de litígios é alargado e abrange qualquer método utilizado na tentativa de solucionar uma controvérsia entre duas ou mais partes.

A obra centra-se nos protocolos pré-judiciais, mediação, conciliação, arbitragem e outros meios, menos comuns no nosso país, como o minitrial ou a avaliação neutral prévia. Apresenta diversas propostas de mecanismos alternativos de resolução dos litígios a desenvolver agregadamente com o sistema judicial.

