

## ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO: SEPARADOS À NASCENÇA? (\*)

A arbitragem e a mediação, como forma de resolução de conflitos, são em regra apresentadas em conjunto pelos autores como soluções alternativas aos sistemas estaduais. E com boas razões. Mas deverão ser consideradas como alternativas entre si?

As duas formas acima mencionadas nascem de uma inspiração semelhante: num litígio em que estejam em jogo direitos disponíveis, as partes são (devem ser) racionalmente capazes de procurar pacificar a relação jurídica que se tornou patológica, pois nisso reside a otimização dos seus interesses próprios, mesmo quando inconciliavelmente opostos, ou assumidos como tal. E saberão pacificar melhor se optarem por uma justiça que nasça da sua (esclarecida) vontade conjunta em vez de se entregarem a uma justiça totalmente hetero-construída, como é a fornecida pelos Estados.

A distinção teórica entre estas duas soluções também é evidente e está definida pela doutrina de um modo consolidado (1): na arbitragem o litígio é resolvido com base na legitimidade dupla que nasce da vontade das partes e da vontade do sistema jurídico (nacional e internacional); por isso, a decisão – tornada possível pela vontade contratual – impõe-se aos litigantes de um modo que eles só poderão afastar se encontrarem uma solução vinculativa alternativa. E, mais importante, é obrigatória para a parte menos satisfeita com o resultado obtido, pois a vontade do sistema jurídico coloca o selo da executoriedade na decisão arbitral.

Na mediação não existe vinculatividade decisória. Não quer isso dizer que não exista um poder normativo imanente ao processo de mediação. Mas esse poder é fraco, visto que não é considerado pelo Estado como devendo receber o manto da executoriedade e, por isso, depende completa e exclusivamente da vontade das partes em processo de pacificação. Se estas o quiserem (*rectius*, o vierem a querer *a posteriori*), a sugestão feita pelo mediador pode converter-se numa decisão com vinculatividade e ser aceite pelos sistemas normativos. Mas basta que uma delas o não deseje para que o resultado da mediação não saia do limbo dos futuríveis não realizados (2).

Este jogo de espelhos, de semelhanças e diferenças entre as duas formas de resolução alternativa de litígios, tem mascarado um aspecto que reputo muito relevante. A generalidade dos autores, embora realce as diferenças, não aborda a relação entre mediação e arbitragem como formas que mutuamente se excluam. Pelo contrário, a tendência – aliás perfeitamente

compreensível em termos de experiência factual e de teorização conceitual – tem sido para frisar os aspectos que as aproximam e que, no fundo, quase que as tornam em algo essencialmente definível sobretudo por estarem habitadas pelo mesmo espírito, que apenas soprará de modo diferente em cada um dos casos (3).

A minha tese é que esta tendência tem de ser contrariada, pois a mediação e a arbitragem devem ser assumidas pelos teóricos e pelos práticos como modelos de solução de litígios alternativos um ou outro e que nada ganham em se confundirem ontológica ou gnoseologicamente. E, como segunda tese, que durante uma arbitragem ocorrem momentos em que existem condições objectivas favoráveis para uma solução mediada do conflito, e que tais ocasiões não devem ser desperdiçadas, mas os árbitros devem ser considerados “*unfit for mediation*”.

A tendência para ver a arbitragem como uma espécie de mediação forte e esta última como uma forma de arbitragem fraca é dominante na doutrina (4) e, mais do que isso, está implícita entre os práticos. Considero que uma das razões para as dificuldades de implantação de uma cultura propícia à arbitragem e à mediação, em geral (5), reside nesta confusão mais ou menos consciente, que impede o desenvolvimento pleno das potencialidades de cada uma das soluções, como se pelo facto de estarem emaranhadas se não deixassem mutuamente desabrochar e crescer.

É evidente que no momento genético de qualquer delas está a mesma vontade das partes, quer essa vontade se exprima numa cláusula de mediação e/ou cláusula compromissória arbitral, quer nasça mais concretamente de uma convenção de arbitragem. Mas, separadas à nascença, devem seguir processos vitais distintos.

No caso da arbitragem, a vontade implícita das partes só pode ser que os decisores procurem aplicar o direito aos factos, como o faria um juiz becado (“*silk judge*”) (6). A diferença e vantagem específica desta opção “judicial-contratual” sobre a “judicial-estatal” apenas se pode encontrar na (pressuposta) melhor preparação e experiência de árbitros para o tipo de caso em apreço, o que pode e deve conduzir a uma decisão em que os aspectos substantivos prevaleçam mais sobre os formais, mas não ao ponto de ser admissível que construam uma solução jurídica desenquadrada do sistema regulador da relação jurídica em crise.

No caso da mediação, pelo contrário, a vontade implícita das partes é que o mediador encontre uma solução que julgue adequada à pacificação do litígio, não esquecendo o enquadramento normativo (pois se este não for

parte da solução é, seguramente, parte do problema), mas afastando-se dele sem reboço, se e na medida em que a solução considerada adequada o imponha ou mesmo só o justifique.

Em resumo, a decisão arbitral tem de ser uma solução maximizadora e a sugestão mediadora uma solução otimizador. Maximizadora, uma, porque se trata de alocar direitos e deveres, respondendo ao velho brocardo latino *suum cuique tribuere*. Otimizadora, a outra, porque destinada a tentar esticar ao máximo possível a potenciação da conciliação dos interesses em presença, de tal sorte que a “soma” do que cada parte retira da sugestão mediadora seja superior ao resultado da maximização da vantagem para a parte que mereceria em arbitragem ou em tribunal comum a tutela do Direito.

O que a realidade nos mostra, porém, não corresponde minimamente a este modelo. A mediação autónoma e assumida como tal é, em Portugal e neste início do Século XXI, praticamente inexistente (7); e a arbitragem é, muitas vezes, uma mera estrada para uma mediação envergonhada ou encapotada: assumida desde o início ou – como no caminho para Damasco – que se impõe como uma revelação.

Os árbitros (em especial o Árbitro Presidente) procuram, por vezes pisando alguns riscos, que as partes cheguem a acordo e que, desse modo, se evite o custo de uma decisão. Ou, talvez ainda mais vezes, o Árbitro Presidente tenta obter uma decisão unânime dos árbitros, mesmo que para isso seja indispensável sair um pouco (ou até muito...) da que seria a boa decisão do caso, mas que então seria aprovada com um voto de vencido, o que repugna à nossa mentalidade e à pequenez do nosso mercado. Nalguns casos são os próprios Árbitros de parte que tentam sensibilizar os Advogados que os indicaram, para as condições que viabilizam um acordo, que de forma mais ou menos evidente sugerem como a melhor solução para o caso, por vezes actuando como verdadeiros intermediários para a procura da solução compromissória.

Esta questão não é desconhecida da arbitragem internacional. É aquilo a que se costuma chamar “splitting the baby”. E o sinal claro de que constitui mesmo a esse nível um problema é o esforço das instituições que se dedicam à arbitragem para demonstrar – e diga-se que com algum sucesso – de que a tendência não é tão significativa quanto se julga, o que até levou recentemente o Presidente da American Arbitration Association, William Slate, a designá-la como “um mito persistente” (8).

Os árbitros, ao actuarem deste modo, resvalam, com maior ou menor consciência de “ilicitude”, para a área da mediação. Mesmo que não assumam o papel de verdadeiros mediadores, o que aliás por vezes acontece (quando abrem aquilo a que a doutrina arbitral internacional vem chamando um “*mediation segment*”) (9), comportam-se como se fossem mediadores, agindo de um modo que não corresponde de forma alguma ao paradigma abstracto e teórico do Árbitro independente, neutral e imparcial.

Mas, valha a verdade, fazem-no em regra com total agrado e adesão dos Advogados das partes, eles também mais interessados numa solução que evite o risco de acontecer uma situação em que *the winner takes it all*. E os respectivos Clientes, desejosos de uma saída para um impasse e para o agudizar de um conflito que a dimensão de Portugal torna mais prejudicial, não querendo dar parte fraca ou não suportando que o respectivo *ego* fique ferido, eles próprios agradecem – quando não aplaudem – que os árbitros se transformem em mediadores mais ou menos formais.

*So far so good?* Sim, para quem pense que os fins justificam os meios, que tudo está bem desde que termine bem e, ainda, se não nos lembrarmos dos casos em que essa estrada apenas conduziu a um beco sem saída e por isso a perda de tempo, de dinheiro e de distanciamento, autonomia e prestígio dos árbitros. Mas, em qualquer caso, nada disto é tão bom assim, se nos lembrarmos dos efeitos em termos sistémicos e das consequências a médio e a longo prazo para o mundo da arbitragem e da mediação. E tudo isso mesmo que descontemos a objectiva denegação de justiça que pode decorrer em casos concretos, quando se não atribui a uma das partes o que ela merece, e em vez disso se lhe entrega uma solução compromissória que – bem ou mal – não desejava, mas tem de aceitar, sobretudo se da decisão arbitral não houver recurso. E, não por acaso, a convicção de que os árbitros tendem a soluções salomónicas é talvez a principal razão de desconfiança em relação à arbitragem por parte das empresas.

Esta questão torna-se ainda mais complexa se for apreciada do ponto de vista da ética dos árbitros e dos seus deveres. O árbitro deve ser a este nível equiparado a um Juiz (10), actuando “without fear or favour”, como ainda hoje juram fazer os juízes no Reino Unido; ou, ao menos, a santidade do seu posicionamento processual é tanto maior quanto mais próximo estiver do paradigma do Bom Juiz. A entrada dos Árbitros num esforço de mediação, ainda que não formalmente assumido como tal, tem como consequência a diminuição dos elementos que preservam as condições de uma boa decisão. Realmente não é possível mediar sem de algum modo pré-julgar ou, pelo menos, sugerir explicita ou implicitamente alguma dose de pré-julgamento ou de pré-conceito.

Mas além disso, que não é pouco, o esforço de mediação – se fracassado – deixa inevitavelmente no espírito do Árbitro, e tanto mais gravemente quanto não for consciencializado e por isso não for elaborado e racionalizado, juízos psicológicos sobre as Partes que resultam da sua atitude no processo mediador e não das suas posições e convicções processuais. E também por aí os atributos do Bom Juiz se podem ir perdendo; o que pode ser mais grave ainda, se nos lembrarmos de que os Árbitros não são juízes profissionais e assim estão menos calejados perante as vicissitudes de uma contenda que se desenrola à sua frente.

A tendência jurisprudencial na Europa tem revelado o aparecimento de precedentes que apontam para riscos de anulação de decisões por causa de envolvimento de juízes em esforço de conciliação entre as partes para terminar litígios antes de uma sentença (11)

Por estas razões acho vivamente desaconselhável que os árbitros se envolvam em processos de mediação. Talvez por isso, pelo sistema adversarial e pela maior tradição de arbitragem, a prática das arbitragens no espaço psicologico-cultural da *common law* desfavorece claramente essa possibilidade e, segundo parece, os árbitros com uma formação anglo-saxónica tendem a evitar sistematicamente tal atitude, um pouco à imagem dos Juízes dos seus países (12).

Mas nos países da *civil law*, como é sabido, os Juízes possuem um papel muito mais interventor no decurso do processo, não apenas por em regra a eles competir interrogar as testemunhas, mas sobretudo pela inexistência de Júri. Assim e talvez por isso, os árbitros com formação de *civil law* por vezes aceitam funcionar como mediadores e/ou intervirem activamente na formação de consensos que permitam colocar termo a um processo por acordo.

E o sinal inequívoco desta tendência pode ser encontrado – sobretudo em relação a arbitragens nacionais – em normas como as das Câmaras de Comércio de Zurique, Basileia e Genève, as da “German Institution of Arbitration” (13).

A questão subsiste, no entanto, mesmo (melhor será dizer, talvez, sobretudo) se e quando os árbitros oriundos do espaço europeu continental prefiram optar por uma prática mais hostil e desconfiada em relação à sua intervenção mediadora. É que uma das vantagens manifestas da arbitragem reside precisamente na circunstância deste sistema de regulação de litígios, que não é impunemente considerado como uma *justiça de comerciantes*,

facilitar a consensualização de soluções para os litígios que evitem que se chegue ao final e ao extremo de uma condenação; por isso, a arbitragem que perca esta vertente de abertura aos acordos perde uma grande parte da sua atracção (14) e não desempenha bem o seu papel estruturante.

Assim sendo, importa que uma evolução cultural – que se deseja – para o reforço da autonomia, imparcialidade e independência dos árbitros seja acompanhada por um investimento na mediação. E não tanto pela mediação prévia à arbitragem, que em regra pouco sucesso terá por ser ainda extemporânea, mas antes pela mediação durante a arbitragem, para onde os árbitros enviem as partes se e quando entendem que o litígio pode ser resolvido dessa forma.

Esta tese não está, no entanto, isenta de problemas. Foquemos-nos em alguns deles. O primeiro é o de saber se os Árbitros têm poderes e competência para determinar – sem a explícita vontade das partes – que uma fase de mediação se insira no tempo do processo arbitral. O segundo problema é o de saber se o tempo em que o processo esteja suspenso para se tentar um processo de mediação deve ser retirado da contagem do prazo para a arbitragem, de novo se as partes não se tiverem posto de acordo quanto a isso. E, finalmente, importa analisar a questão da relação entre o processo arbitral e a mediação, em duas das suas vertentes: podem os árbitros indicar às partes um mediador? E podem (ou devem) os árbitros ter acesso ao relatório da mediação no caso de insucesso?

A resposta a estas questões não se retira, em minha opinião, de uma mera acção de interpretação conceptualista e dogmática das normas legais que se consigam encontrar. Bem mais de 30 anos de experiência prática reforçaram-me na tendência que bebi em Manuel de Andrade e no ensino de Mota Pinto e que, de um modo geral, caracterizavam nos anos 60 a escola de Coimbra. Mas em sede de arbitragem um pendor conceptualista torna-se ainda menos razoável, atentos os fins tidos em vista pelo instituto e a vontade presumida das partes na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral.

Em todo o caso, as respostas em questão não podem deixar de respeitar os critérios legais sobre interpretação de normas legais e de programas contratuais. E, além disso, podem e devem ser procuradas, tendo presente que todas estas questões se relacionam com o mesmo problema estrutural que está imanente ao instituto da arbitragem e que tem acompanhado toda a sua evolução ao longo de décadas: qual é o poder e a autonomia dos árbitros perante as Partes e o sistema jurídico, quando entendam que existe uma contradição ou pelo menos uma falta de sincronia entre a vontade das

Partes e a convicção do painel arbitral, durante o processo arbitral, sobre acções instrumentais que podem ajudar a conduzir melhor ou mais depressa à pacificação do conflito existente?

Não é aqui o lugar e o tempo de aprofundar este tema (15). Basta que se diga que em minha opinião a autonomia dos Árbitros não pode ser ilimitada, visto que a estrutura dos seus poderes tem de ser balizada pelo programa contratual de onde eles nascem. Mas, por outro lado, a definição dos poderes dos Árbitros deve ser feita em cada momento com base num critério teleológico em que o relevo principal deve ser dado ao objectivo genético que antecedeu o litígio (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) ou o processo da sua resolução. E esse objectivo genético que define a vontade pré-conflitual comum não deve poder ser sabotável no terreno pelo desejo subsequente de uma das Partes em a destruir, se e quando a evolução do caso concreto tiver como consequência re-orientar a sua vontade num sentido contrário ao programa contratual que livremente assumira e que concretizara na convenção de arbitragem.

Penso por isso que na interpretação dos poderes dos Árbitros se deve aplicar o princípio do *favor arbitratis*, que por exemplo se encontra na origem do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.. O que – sem cair no vício conceptualista que estigmatizei – permite orientar o sentido da resposta às questões supra-mencionadas. Em minha opinião, realmente, as Partes quando optam pela arbitragem como meio de resolução de conflitos fazem valer uma potencialidade que o sistema jurídico lhes outorga, que é a de se submeterem a uma forma privada de Justiça, geneticamente sentida como um expoente do individualismo e do primado da vontade privada. Mas isso não pode ser confundido com um aval para que desse poder privado se possa partir para situações de exercício de direitos sem limites e sem medida, para que possam fazer actuar evoluções da vontade concreta, destruindo a certeza e a segurança que são valores essenciais do sistema jurídico e, além disso, não conseguindo aumentar a densidade do valor da Justiça, algumas vezes considerado como pólo dialéctico oposto.

Neste sentido, o poder que o sistema jurídico atribui a entidades privadas existe para se esgotar na sua concretização geral e abstracta (direito de criar uma convenção de arbitragem para resolver litígios) e depois singular e concreta (escolha dos árbitros e, por vezes, de regras processuais próprias); esgotando-se nisso, aliena-se na atribuição aos árbitros de poderes que lhes não podem ser tirados a não ser em situações muito limitadas (acordo das Partes, caducidade do poder arbitral, etc.). O que significa que constituído que seja o tribunal, e desde que este se não afaste do programa contratual que lhe deu nascença, o mandato que os árbitros recebem deve presumir-se

o necessário e conveniente à resolução do litígio, sem limitações que o condicionem e devendo a interpretações de soluções concretas em caso de dúvidas ser feita em favor da máxima latitude possível para os árbitros.

Por tudo isto considero que – a menos que isso seja inequivocamente proibido aos árbitros pelas Partes ou que estas unanimemente o recusem de forma explícita – é possível ao Tribunal enviar as partes para um processo de mediação durante o processo arbitral, sempre que entendam que a pacificação do conflito pode ser obtida, com probabilidade razoável de êxito, por uma acção mediadora (16). Pelas mesmas razões, e com as mesmas limitações, considero que o tempo de mediação deve ser descontado ao tempo que está determinado para a resolução arbitral do litígio (17). E, finalmente, julgo que os árbitros têm o direito de indicar às Partes um mediador concreto (ou uma instituição que organize mediações, o que para este caso é o mesmo) a que devam recorrer (18). Mas, pelos mesmos motivos que me levam a discordar da intervenção activa de árbitros em segmentos de mediação durante o processo, acho que não devem poder ter acesso, a menos que as partes expressamente concordem com isso, ao relatório da mediação.

Como é evidente estas possibilidades que aponto como estando ao dispor dos árbitros devem entender-se que existem, sempre se e na medida em que os árbitros se não tenham auto-vinculado a agir de modo diferente, ou as partes por unanimidade tenham entendido de outro modo, ou o tenham afastado antes da constituição do tribunal arbitral. E, além disso, devem os árbitros ter em conta nesta matéria, como em muitas outras matérias processuais, o regime legal do lugar da arbitragem e a lei aplicável ao fundo da questão, que podem eventualmente não admitir estes aliás muito cautelosos poderes dos árbitros.

Não desconheço que o universo jurídico das arbitragens está, pelo menos em Portugal, ainda no que acronicamente se poderá denominar uma fase pré-histórica. Por causa disso, não existe consolidação jurisprudencial mínima que permita aconselhar soluções concretas com um mínimo de garantia de que não existam riscos de anulação de uma decisão arbitral por causa da não aceitação pelo tribunal judicial do bem fundado das soluções aqui defendidas.

Por isso uma nota de cautela e prudência deve ser acrescentada. Entendo que a opção do tribunal arbitral em impor às partes uma mediação, e ainda mais a decisão de suspender a contagem do prazo para a caducidade do processo arbitral e/ou a imposição de um mediador, tais soluções devem ser sempre tomadas por unanimidade dos árbitros e ser acompanhadas em

nome do princípio da cooperação de contactos com os advogados antes de qualquer decisão ser tomada.

E considero também que a outra face da moeda de impor uma mediação às partes é a inevitável consequência dos árbitros se absterem de actuar como “*wild mediators*”. Realmente, a separação de águas só pode fazer sentido se os árbitros assumiram uma alteração do modelo cultural em que habitualmente se tende a actuar.

Para acentuar esta tendência pode também servir um procedimento que costumo usar quando desempenho funções de árbitro presidente, e que aliás se pode considerar como um dever fiduciário dos árbitros. No início do processo arbitral, após a escolha dos árbitros e a constituição formal do tribunal, convém realizar sempre uma reunião com os advogados. Nesse momento fundacional existe aquilo que é em regra o máximo de espírito de cooperação e de boa fé objectiva das partes. A tensão processual ainda não se iniciou e a escolha do árbitro presidente demonstrou a possibilidade e vantagem de que a conflitualidade seja compatível com a colaboração.

Se nesse momento os árbitros colocarem as partes e os seus mandatários perante as possibilidades de resolver por acordo o litígio, e receberem a normal resposta de que isso já não é possível, será então a boa altura de as confrontar com uma proposta unânime destinada a admitir a possibilidade de no futuro o painel determinar que as partes entrem numa tentativa de mediação, com as formas e condições que atrás defendi. Será então bastante provável que tal proposta venha a merecer a concordância, sobretudo porque se está ainda num momento em que para além de quererem agradar aos árbitros também ainda não estão totalmente seguros de que não tenham vantagem nesse processo de mediação.

Para os árbitros manterem a sua liberdade, sugiro ainda que a proposta seja feita com a clara afirmação de que os árbitros entendem que não precisam do acordo das partes para isso, mas tão somente acham mais útil que se faça por acordo a admissão do princípio. Para além da óbvia vantagem de clarificação e de preservação de autonomia, este tipo de afirmação pode reduzir muito substancialmente os riscos em sede de anulação futura da decisão arbitral. É que uma recusa de uma das partes que não seja seguida de nenhuma acção procedimental reduz a probabilidade de um tribunal judicial vir a anular uma decisão com tais fundamentos (ou melhor, pelas consequências que venham a derivar da mediação); e, além disso, se logo a início uma das partes se revelar frontalmente contrária ao princípio mesmo da mediação, a sensatez dos árbitros deve levá-los a concluir – e neste

momento sem dar com isso qualquer sinal de pré-conceito – que a mediação será inútil no caso concreto.

Creio que chegou o momento de que a arbitragem em Portugal possa dar um salto significativo em frente e que isso passa pelo aumento do prestígio do sistema arbitral de resolução de conflitos. Acho também que o tempo começa a estar propício a um aumento da utilização da mediação como forma de resolução de conflitos. A tese que é defendida neste texto tem esse efeito secundário, que é o de acentuar duas tendências que são manifestamente adequadas às necessidades do mundo empresarial.

**José Miguel Júdice**

**Sócio fundador de PLMJ – AMPereira, Saragga Leal, Martins, Júdice e Associados**

**Professor Associado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa**

**Vice-Presidente da Associação Comercial de Lisboa/Câmara de Comércio e Industria de Portugal**

**Presidente do Capítulo Português do Club Español de Arbitraje**

**Presidente da Comissão de Prática Processual da Associação Portuguesa de Arbitragem**

**Presidente da Secção Portuguesa da Cour Européenne d'Arbitrage**

**Membro do Comité Brasileiro de Arbitragem e da Association Suisse d'Arbitrage**

**\* Publicado na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, da Associação Portuguesa de Arbitragem, Livraria Almedina, 2008, pág. 61-74**

- (1) Ver, entre outros, Klaus Peter Berger, “Integration of Mediation Elements into Arbitration”, in *Arbitration International*, volume 19, nº 3, 2003.
- (2) Embora em alguns sistemas a comunicação ao Juiz (ou ao Árbitro) do relatório final da mediação lhe possa atribuir – de forma implícita e, quase se poderá afirmar, in-dita – uma relevante força pela capacidade de influenciar a decisão vinculativa que venha a ser tomada. E, assim sendo, a mediação neste tipo de sistema acaba por se revestir de uma força quase-vinculativa estatisticamente inequívoca.
- (3) Ver, por exemplo e como sinal dessa tendência, os processos americanos definidos como de “Med-Arb”.
- (4) Ver, entre outros, em sentido contrário, Alan Redfern and Martin Hunter, “Law and Practice of International Commercial Arbitration” (1991), pág 27.
- (5) E sobretudo nos países de “Civil Law”, pois no mundo anglo-saxónico – por razões que adiante se tentará explicitar – o problema tem sido menos grave devido à forma especial como se encaram os conflitos de interesse e os deveres fiduciários dos árbitros.
- (6) Exceptua-se, como é eviente, o caso das árbitros estarem autorizados a decidir de acordo com a equidade, no que é realmente uma forma híbrida entre a arbitragem verdadeira e própria e a mediação.
- (7) Ainda que seja verdade que, muitas vezes, como Mr. Jourdain no *Bourgeois Gentilhomme*, se faça mediação sem lhe dar o nome...
- (8) Num seminário organizado pela Associação Suíça de Arbitragem, em Janeiro de 2007, o Presidente da American Arbitration Association, William Slate,

- apresentou um estudo inédito sobre arbitragens domésticas geridas pela ICDR segundo qual em 41% dos processos foi adjudicado mais de 80% do que era pedido e em 19% o pedido foi totalmente indeferido, o que em sua opinião significa uma tendência dominante contra “splitting the baby”.
- (9) Klaus Berger – “Integration of Mediation Elements into Arbitration”. *Arbitration International*, vol 19, nº3 (2203).
- (10) Não se desconhece que certos impedimentos e suspeições dos Juízes podem no caso dos Árbitros – sobretudo de parte – ser afastado pela explícita e informada vontade das Partes.
- (11) Werner Wenger – “The role of the arbitrator in bringing about a settlement – a swiss perspective” - in *ASA Special Series*, nº 26 – July 2006.
- (12) Judith Gill, “The arbitrator’s role in bringing about a settlement – an English view”, *ASA cit*, reúne um impressionante conjunto de argumentos contra o envolvimento activo de árbitros em processos de mediação.
- (13) *Idem*, ib, pág. 143-4.
- (14) E o mesmo aliás se pode dizer da própria Justiça comum. Quando comecei a advogar, nos anos 70, os Juízes faziam trabalho de mediação, em regra durante a então denominada audiência preparatória e até no início da audiência de julgamento, usando o prestígio e a força de que dispunham para conduzir as partes a um compromisso. Esta prática foi sendo desaconselhada pela formação no CEJ, mas em alternativa nada foi criado, nascendo assim um vazio que infelizmente tem como efeito o acentuar da litigiosidade, até porque os advogados foram perdendo o hábito de ajudar à conciliação e composição dos litígios, insistindo por vezes sem sensatez em levar o conflito até à sentença final.
- (15) Ver, entre outros, Michael Collins, “Do International Arbitral Tribunals have any obligations to encourage settlement of the disputes before them?”, in *Arbitration International*, volume 19, nº3, 2003.
- (16) No direito anglo-saxónico formou-se, sobretudo a partir da Reforma Woolf de 1999, uma tendência para penalizar em custas a parte que recuse uma solução ADR para que o Juiz a remeta, no âmbito do processo da gestão activa dos processos de litigância civil. Um exemplo relevante encontra-se em *Dunnett vs Railtrack Plc*, em que o Réu recusou a mediação, ganhou a acção, mas teve de pagar as custas, embora posteriormente e em nome do direito ao acesso à Justiça o *Court of Appeal*, noutro caso, tenha decidido em sentido contrário (ver Judith Gill, *op. cit*, pág. 156-7).
- (17) Esta minha tese não sofre a limitação que parece decorrer do artigo 19º da Lei 31/86. De facto interpreto essa norma, aliás na esteira da melhor jurisprudência (Acórdão STJ nº 1776/05, relator Noronha do Nascimento), como não constituindo uma limitação que não possa ser afastada pela vontade das partes, ainda que meramente implícita e concretizada apenas em factos concludentes. Assim, se as Partes forem confrontadas por uma decisão dos árbitros de enviarem para mediação o processo e com a explícita afirmação por eles de que durante a mediação se suspende o prazo, e se não for explicitamente mencionado por uma ou por ambas que não prescindem do direito a uma decisão no prazo previsto na cláusula, no compromisso, nas regras processuais ou supletivamente na lei, deve entender-se que aceitaram tal suspensão.
- (18) Esta tese é, seguramente discutível, podendo entender-se que só *de iure condito* é admissível. Entendo que não, embora reconheça que é provavelmente sensato que os árbitros devam abdicar de escolher um mediador livremente, se

explicitamente uma das partes o recusar, pois a eficácia real da mediação fica seguramente muito limitada *a priori* nessa hipótese de escola