

# CLÁUSULAS QUE IMPÕEM MECANISMOS DE PRÉVIA CONCILIAÇÃO – DA SUA EXECUTORIEDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DA SUA VIOLAÇÃO

Pedro Metello de Nápoles\*  
José Miguel Júdece\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O problema 3. Contexto. 4. Vantagens e desvantagens. 5. O limite prático: Como – e até onde – pode ser executada uma cláusula que remeta para negociação. 5.1. Em geral. 5.2. A Lei Portuguesa. 5.3. Executoriedade de cláusulas que apenas imponham deveres gerais. 5.4. Executoriedade de cláusulas que imponham deveres específicos. 5.5. Executoriedade de cláusulas que remetam para processos de mediação/conciliação. 6. Conclusão.

*“ARBITRATION IS based on the arbitral agreement, which flows from the parties' common intention. The freedom of the parties may lead to good as well as to bad results.”<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

Já todos ouvimos chamar à cláusula de arbitragem a «cláusula da meia-noite». Esta é a última cláusula com que os advogados que redigem o contrato se preocupam. Por isso é redigida à pressa e sem grandes preocupações. As consequências são conhecidas.

Por outro lado, e apesar da tendência das instituições arbitrais para produzirem cláusulas-tipo, diariamente nos confrontamos com cláusulas «originais», muito desenvolvidas e contemplando uma multiplicidade de procedimentos, frequentemente pouco claros e pouco testados.

Para além das verdadeiras cláusulas patológicas,<sup>2</sup> ou seja, aquelas que podem realmente comprometer a possibilidade de se constituir um Tribunal Arbitral (ou de este funcionar), outras há que mesmo sem suscitarem à partida problemas tão graves, podem gerar obstáculos de monta.

Um destes casos é precisamente o das cláusulas que prevêm que as partes se

---

\* - Sócio, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal

\*\* - Sócio e Coordenador do Grupo de Arbitragem, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal

<sup>1</sup> - ALDO FRIGNANI, *Drafting Arbitration Agreements*, in *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2008), Vol. 24, número 4, pág. 562.

<sup>2</sup> - W.L. CRAIG, W. PARK AND J. PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration* (3ª Ed., Oceana, New York, 2000), pág. 127 e ss..

envolvam em qualquer procedimento prévio de conciliação, formal ou não, antes de poderem desencadear o procedimento arbitral. São aquilo a que internacionalmente tem sido designado por *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*.

A questão que cada vez mais se coloca relativamente a tais cláusulas – cuja complexidade tem vindo a evoluir – é a de saber em que medida as mesmas são vinculativas, que é o mesmo que perguntar se podem obstar à imediata instauração de um procedimento arbitral e, no limite, se o seu desrespeito pode levar à anulação de uma decisão arbitral. É isso que procuraremos analisar de seguida.

## 2. O problema

É frequente depararmo-nos com cláusulas que fazem depender a possibilidade de se recorrer à arbitragem do preenchimento de determinadas pré-condições, relacionadas com a possibilidade de solução do litígio por via consensual.

Sendo impossível pretender abarcar toda a variedade de soluções a que a criatividade das partes diariamente dá origem, pensamos que é possível isolar as seguintes modalidades:

- (i) Cláusulas que apenas fazem referência à ocorrência de um litígio que as partes não sejam capazes de solucionar por via consensual<sup>3</sup> ou cláusulas que referem genericamente um dever de as partes procurarem conciliar-se;<sup>4</sup>
- (ii) Cláusulas que estabelecem deveres específicos ou procedimentos concretos tendentes à conciliação;<sup>5</sup>
- (iii) Cláusulas que remetem para processos de mediação/conciliação.<sup>6</sup>

Embora o detalhe e a clareza com que as obrigações são estabelecidas possa ter influência decisiva na eficácia das mesmas, julgamos que os três tipos apontados de cláusulas deverão ser tratados de forma diferente, na medida em que conduzem a resultados diversos.

## 3. Contexto

Embora este tipo de cláusulas se encontre em contratos celebrados desde há vários anos, a concepção tradicional apontava para se considerar o recurso à mediação/conciliação como uma faculdade das partes, a exercer ou não no

---

<sup>3</sup> - Por exemplo: “*Na eventualidade de um litígio que as partes não sejam capazes de solucionar por via consensual, o mesmo será decidido por recurso à arbitragem...*”

<sup>4</sup> - Por exemplo: “*1. Em caso de litígio as partes procurarão encontrar uma solução que de comum acordo permita termo ao litígio. 2. Caso não seja encontrada uma solução consensual para o litígio nos termos do número 1, o mesmo será decidido por recurso à arbitragem...*”

<sup>5</sup> - Por exemplo, cláusulas que imponham a obrigatoriedade de reuniões de alto nível e/ou que estabeleçam um período mínimo para a duração de tais negociações.

<sup>6</sup> - Falaremos genericamente de mediação/conciliação sem tomar partido sobre saber se se tratam de mecanismos diversos ou apenas subespécies do mesmo tipo de procedimento.

momento em que surgisse um litígio. Com efeito, dependendo a possibilidade de as partes se conciliarem da sua própria vontade, a intenção manifestada *a priori* por uma das partes no sentido de recorrer directamente à arbitragem seria a evidência de que qualquer outra solução não era possível. Não faria assim sentido procurar impor a essa parte a obrigação de ter de passar previamente por qualquer outro mecanismo de resolução de conflitos.

Esta abordagem nem sempre foi considerada tão linear,<sup>7 8</sup> mas esse entendimento – tendencialmente pacífico – sofreu uma alteração radical com a decisão proferida em 11 de Outubro de 2002 no processo *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.*<sup>9</sup>

Muito simplificada, o contrato em causa previa uma cláusula de resolução de litígios com diversos estágios, começando por conversações entre as administrações das partes, passando para mediação (ou outro ADR), só então se permitindo o recurso aos tribunais. Era o seguinte o teor da cláusula contratual:

*“If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) Procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings.”*

No caso em análise o Tribunal veio a concluir que as partes estavam obrigadas a seguir o percurso traçado na cláusula arbitral, com base em 3 ordens de argumentos:

- (i) Era clara a intenção das partes de se vincularem àquele tipo de solução;
- (ii) O contrato era suficientemente preciso para não existirem dúvidas sobre qual o método (ou melhor, a forma de selecção do método) de resolução alternativa de litígios a seguir;
- (iii) É dever dos tribunais Ingleses procurarem ter um papel activo na gestão efectiva dos processos, ou seja, devendo remeter as partes para mediação/conciliação quando entendam que a mesma pode ter viabilidade.

A decisão em causa gerou enorme controvérsia na comunidade internacional, embora se deva sublinhar que o circunstancialismo subjacente àquele processo era bastante preciso, o que permitiu ao Tribunal Inglês concluir pela executoriedade da cláusula que impunha ADR, contrariando a premissa mais ou menos assente no

---

<sup>7</sup> - O problema foi suscitado no âmbito da decisão proferida em 1974 no âmbito do Processo da CCI nº2138 (SIGVARD JARVIN, YVES DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer/ICC Publishing USA, 1990, pág. 424), mas o Tribunal entendeu que naquele caso específico a cláusula de conciliação não era aplicável, pelo que não haveria qualquer problema de preterição.

<sup>8</sup> - Embora em Inglaterra desde os anos 70 que se encontram decisões nesse sentido - *English Court of Appeals, Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 297. Em sentido contrário pode-se referir o processo *Channel Tunnel v. Balfour Beatty* (1993) HL.

<sup>9</sup> - [2002] E.W.H.C. 2059 (comm);

direito inglês de que o simples compromisso de estabelecer negociações não é executável.

Como foi apontado na altura, esta decisão constituiu um passo importante na consagração dos ADR, mas não tratou dos casos em que os contratos impõem um dever de negociação, prévio à instauração do litígio arbitral.<sup>10</sup>

De qualquer forma, convirá recordar que a decisão em causa não foi proferida no âmbito de uma qualquer acção de anulação, mas sim numa fase inicial do processo arbitral, tendo o Tribunal Arbitral determinado o *stay of proceedings*:

*“I therefore conclude that the appropriate course in the present case is for the hearing of the claim for declaratory relief to be adjourned until after the parties have referred all their outstanding disputes to ADR. In the event that this reference is unfruitful, the parties can re-instate this claim, provided that the issue of the validity of the Benchmarking Report is by that time the subject of further proceedings which this court can consider in the course of its overall responsibility to manage the existing proceedings. Hopefully this will prove unnecessary in view of a successful mediation.”<sup>11</sup>*

Decisão mais ousada foi a proferida em 3 de Junho de 2009 pelo Court of Appeal de New South Wales, na Austrália, no âmbito do processo United Group Rail Services Ltd. v. Rail Corp. New South Wales.<sup>12</sup> Nesse processo o Tribunal concluiu que um acordo no sentido de as partes negociarem de boa fé era executável e que obrigava as partes, em caso de litígio, a reunirem e iniciarem negociações em genuína boa fé.

Embora neste caso a cláusula contratual também fosse bastante detalhada, tendo permitido ao Tribunal concluir pela existência de uma inequívoca vontade de as partes quererem uma prévia oportunidade de conciliação, não deixa de ser verdade que a decisão pode ter um alcance extraordinário, principalmente se levarmos em conta que muitos contratos prevêm obrigações de negociação, previamente ao recurso à via arbitral (ou judicial).

Por outro lado, não se pode deixar de questionar em que medida é que um contencioso no qual se discuta qual das partes negociou de boa fé poderá contribuir para uma melhor e mais rápida solução do diferendo no seu todo.<sup>13</sup>

Em Portugal não conhecemos decisões que tenham tratado o assunto,<sup>14</sup> o que se

---

<sup>10</sup> - KARL MACKIE, *The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM*, in *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2003), Vol. 19, número 3, págs. 347-350.

<sup>11</sup> - *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.* (Ver nota 9).

<sup>12</sup> - [2009] N.S.W.C.A. 177.

<sup>13</sup> - SIMON CHAPMAN, *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2010 Vol. 27 número 1), pág. 98.

<sup>14</sup> - A questão colocou-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2008 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), nº doc. SJ20080527008472) mas acabou por não ser objecto de discussão, já que simultaneamente se tratava de uma preterição de Tribunal Arbitral.

explicará por um lado pelo ainda incipiente papel da mediação/conciliação e, por outro, pela tendência para desvalorizar obrigações de carácter genérico, como seja a de serem estabelecidas negociações reais e de boa fé. Voltaremos a isto adiante.

#### 4. Vantagens e desvantagens

Há um conjunto de vantagens e inconvenientes que são tradicionalmente apontados às cláusulas que prevêm mecanismos prévios de conciliação.

Começando pelas vantagens, são referidos normalmente os custos da arbitragem. Como é óbvio, estes poderão ser substancialmente reduzidos caso haja uma negociação ou conciliação bem sucedida (ainda que não seja possível obter consenso sobre todas as questões litigiosas).

Há também quem refira os benefícios de impor um período de acalmia («cooling-down») antes de se poder à fase litigiosa propriamente dita.<sup>15</sup> De facto, na maioria das situações, no momento que precede o desencadear de um processo arbitral os ânimos estão normalmente muito acesos, pelo que um intervalo temporal pode ter a virtualidade de serenar as partes.

No caso da mediação/conciliação, a intervenção de um terceiro estranho ao caso pode ser benéfica, na medida em que as partes são confrontadas com aquela que poderá vir a ser a visão de um árbitro ou juiz sobre o fundo da causa.

Todos os apontados benefícios são reversíveis: A poupança tornar-se-á num custo acrescido se o mecanismo alternativo não for eficaz; quanto à acalmia, é provavelmente necessário mais do que um mês para que os ânimos das partes possam serenar, não sendo razoável impor períodos de espera superiores; quanto ao papel do terceiro, o propósito dele é o de conciliar as partes, pelo que o juízo que o mesmo faça sobre a razoabilidade das posições em confronto será sempre relativo.

Em todo o caso é pacífico afirmar que nos últimos 15 anos a mediação/conciliação se tem tornado mais popular, pelo menos na comunidade internacional, mostrando também a prática diária que a maioria dos contratos prevêm determinados passos nessa direcção antes que uma parte possa desencadear o processo arbitral.

Por outro lado, tratando-se de uma cláusula desejada pelas partes,<sup>16</sup> a sua vontade não pode ser simplesmente descartada (a não ser que as partes estejam de acordo em fazê-lo).

---

<sup>15</sup> - W.L. CRAIG, W. PARK AND J. PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration* (3ª Ed., Oceana, New York, 2000), pág. 105.

<sup>16</sup> - Embora não seja necessariamente assim em todos os casos, nomeadamente naqueles em que a inserção da cláusula mais não é do que um gesto de cortesia numa fase sensível da relação entre as partes, como é a da negociação de um contrato – cfr. *infra*.

A questão contudo reside em saber em que medida é que a previsão deste tipo de cláusulas é efectivamente vantajosa ou se, pelo contrário, acarreta inconvenientes práticos de tal ordem que anulem toda e qualquer vantagem.

Referimo-nos ao problema da excecutoriedade. Sendo violada uma cláusula que imponha determinados passos conciliatórios, qual a consequência? É o que se procurará analisar de seguida.

## **5. O limite prático: Como – e até onde – pode ser executada uma cláusula que remeta para negociação**

### **5.1 Em geral**

Se num contrato se prevê a necessidade de cumprir determinadas pré-condições antes de submeter o litígio a um Tribunal Arbitral, nada obsta, do ponto de vista dos princípios, a que uma parte possa pretender obrigar a outra a respeitar essa cláusula. Será todavia razoável?

E quando a cláusula contratual apenas impõe que a parte empregue os seus melhores esforços numa solução consensual, fará sentido impor a uma parte que se envolva em qualquer processo de discussão?

Em contrapartida, será possível sancionar uma parte que viole uma cláusula desse tipo?

E a decisão que venha a ser proferida nesse processo, poderá ser anulada com fundamento no desrespeito por essa cláusula?

### **5.2 A Lei Portuguesa**

A Lei Portuguesa não deu até hoje muita atenção à mediação/conciliação, não existindo qualquer diploma que regule expressamente este mecanismo de resolução de litígios.<sup>17</sup>

A Lei Portuguesa,<sup>18</sup> à semelhança da generalidade das leis que conhecemos,<sup>19</sup> determina que se uma causa for instaurada num Tribunal Judicial existindo cláusula arbitral, o Tribunal deverá remeter as partes para a arbitragem. Referência alguma é feita à mediação/conciliação, o que se julga ser a opção correcta.

No entanto, recentemente, começou-se a regulamentar a possibilidade de se

---

<sup>17</sup> - A arbitragem é regulada pela Lei 31/86 de 29 de Agosto. Neste momento discute-se a sua substituição por uma nova lei, mas cujo projecto não trata da mediação/conciliação.

<sup>18</sup> - No caso, o Artigo 494º j) do Código de Processo Civil.

<sup>19</sup> - E no seguimento do previsto no Artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958.

recorrer à mediação, existindo já regimes específicos no âmbito do direito da família<sup>20</sup> e do direito penal.<sup>21</sup> Trata-se de mediação de carácter público, feita por mediadores nomeados pelo Estado, mas em todo o caso representa uma aposta nos ADR.

Ora, na sequência da adopção pela União Europeia da Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, Portugal adaptou a sua legislação às imposições daquela Directiva.

Assim, em 29 de Junho de 2009, foi aprovada a Lei n.º 29/2009,<sup>22</sup> através da qual, entre outros aspectos, se procedeu à introdução de alguns preceitos novos no Código de Processo Civil.<sup>23</sup>

Destes merecem destaque os números 1 e 3 do Artigo 249º-A e o número 1 do Artigo 279º-A:

*“Artigo 249º-A*

*1 — As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios.*

*(...)*

*3 — Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação.*

*(...)”*

*“Artigo 279º-A*

*1 — Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.*

*(...)”*

Parece evidente que o legislador partilha do entendimento de que a mediação é um processo que, requerendo envolvimento activo de ambas as partes, só deverá ser imposto se as partes a isso não se opuserem.

---

<sup>20</sup> - No caso de divórcio e desde 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), as instituições intervenientes deverão informar as partes da possibilidade de recorrerem a mecanismos de mediação familiar (Artigo 1774º do Código Civil).

<sup>21</sup> - No caso de crimes considerados de menor gravidade, desde que cometidos contra pessoas e/ou património, o Ministério Público pode remeter as partes para mediação penal (Lei 21/2007 de 12 de Junho).

<sup>22</sup> - Que apenas entrou em vigor em 18 de Janeiro de 2010, e cuja aplicação, na parte relativa à mediação, está ainda dependente de publicação de legislação adicional sobre os sistemas de mediação para onde a lei remete.

<sup>23</sup> - Foram introduzidos os artigos 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A.

Porém, se assim é para os casos que chegam perante o Tribunal (Judicial e, *mutatis mutandis*, Arbitral), que dizer dos casos em que a vontade de se submeterem a esses mecanismos de ADR foi previamente manifestada no contrato celebrado entre as partes?

Como acima referido, do ponto de vista dos princípios gerais nada obsta a que um compromisso desse tipo seja plenamente válido e, como tal executável. Questão diferente é a de saber se, na prática, faz sentido impor tal obrigação.

Analisaremos a questão separadamente para cada um dos tipos de cláusulas que acima se elencaram.

### **5.3 Executoriedade de cláusulas que apenas imponham deveres gerais**

É comum que cláusulas de resolução de litígios pressuponham que as partes tenham feito um esforço no sentido de se conciliarem ou que imponham deveres genéricos de emprego dos melhores esforços ou de actuação de acordo com a boa fé.

De facto, no momento em que os contratos são redigidos o último aspecto com que as partes se querem preocupar é com o que sucederá caso o contrato seja incumprido. Por tal razão deparamo-nos constantemente com cláusulas que partem do pressuposto da inequívoca e permanente boa fé e razoabilidade das partes, pressuposto esse que ao mínimo sinal de litígio é logo abalado. Ora, parece pois que esse tipo de cláusulas não deverão ser vistas como muito mais que manifestações de cortesia,<sup>24</sup> devendo ser interpretadas nesse contexto.

Também será difícil querer atribuir muitas consequências a uma cláusula que imponha que as partes tentem de boa fé encontrar uma solução consensual. Citando uma outra decisão dos Tribunais Ingleses, proferida por LORD ACKNER:

*“[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ... In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.”<sup>25</sup>*

Embora esta posição da justiça Inglesa tenha por base uma concepção do princípio

---

<sup>24</sup> - Ver TIBOR VARADY, *The Courtesy Trap: Arbitration 'If No Amicable Settlement Can Be Reached*, in International Bar Association, *Arbitration and ADR* (Newsletter of Committee D), Vol. 6, número 2, Outubro de 2001, págs. 27 e ss..

<sup>25</sup> - *Walford v. Miles* (Inglaterra), [1992] 2 A.C. 128.



da boa fé diferente daquela que vigora na generalidade dos sistemas civilistas, em que se entende que na negociação dos contratos e na sua execução as partes estão obrigadas a agir de boa fé,<sup>26</sup> as observações não deixam de ser pertinentes. Quando é que se poderá dar por cumprido o dever das partes tentarem, de boa fé, encontrar uma solução para o litígio?

Todas estas cláusulas podem suscitar problemas caso uma das partes resolva seguir para arbitragem sem dar cumprimento aos deveres genéricos previstos no contrato: A parte contrária poderá objectar à constituição do Tribunal Arbitral com base na violação desse dever? Fará sentido impedir a continuação do processo arbitral?

Pensamos que não. Se e na medida em que a obrigação imposta às partes é de carácter genérico e não balizada, não vemos como a violação da mesma possa pôr em causa o funcionamento de uma arbitragem (ou de um processo judicial). Há que não esquecer que o propósito das cláusulas de resolução de litígios é o de contribuir para resolução do litígio e não o de gerarem elas próprias um litígio sobre a forma de resolver o litígio principal.<sup>27</sup>

#### **5.4 Executoriedade de cláusulas que imponham deveres específicos**

O segundo tipo apontado respeita às cláusulas que, sem remeterem para processos institucionais de mediação/conciliação, impõem deveres concretos, como seja a obrigatoriedade das administrações das partes reunirem e/ou de o período de negociações ter uma duração pré-determinada.

Embora seja imperioso não esquecer que se a cláusula foi incluída num contrato, é porque foi querida pelas partes, não faz sentido na maioria dos casos procurar compreender qual foi a vontade real das partes à data, já que se trata do tipo de cláusulas que tipicamente são incluídas sem serem objecto de grande análise ou consideração: No momento em que o contrato é negociado seria no mínimo descortês de uma parte recusar a inclusão de um qualquer procedimento prévio tendente à conciliação.<sup>28</sup>

Resta assim atender à própria cláusula e verificar em que medida é que a mesma impõe uma conduta determinável e concreta. É no rigor e na clareza da própria cláusula que se deverá começar por procurar a solução para a sua executoriedade.

Todavia, concluindo pela existência de procedimentos específicos que deveriam ser

---

<sup>26</sup> - Ver SIMON CHAPMAN, *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, in *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2010 Vol. 27 número 1), pág. 96.

<sup>27</sup> - CHARLES DEBATTISTA, *Drafting Enforceable Arbitration Clauses*, in *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2005 Vol. 21 número 2), pág. 240.

<sup>28</sup> - Cfr. PAUL FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, 2ª Edição, pág. 122.

adoptados, que fazer caso a cláusula seja violada?

E como saber se houve violação? O que é negociar em boa fé? Até onde é que é necessário ir para se poder dizer que se negociou de boa fé?<sup>29</sup>

A simples consideração destas questões leva-nos a portanto a questionar se afinal este tipo de cláusulas pode, na prática, criar mais problemas do que aqueles que pretende resolver.

Ainda que consideremos que este tipo de cláusulas tem verdadeiro conteúdo obrigacional, não nos parece ser possível concluir que uma decisão proferida num processo arbitral (ou judicial), iniciado à revelia de uma cláusula que imponha procedimentos prévios tendentes à conciliação, possa vir a ser anulada com base na violação do compromisso ínsito nessa cláusula.

Os mecanismos de conciliação têm necessariamente subjacente a vontade das partes quererem conciliar-se, sendo pois excessivo pretender pôr em causa um processo arbitral em virtude de uma das partes não ter respeitado uma obrigação de negociar, quando ela própria entendia que a negociação estava votada ao insucesso.

De qualquer forma, convirá ter em conta que é clara a tendência para os tribunais arbitrais tenderem a valorizar cada vez mais, principalmente em processos internacionais, a boa fé das partes. Ora, uma parte que à revelia daquilo com que inicialmente se comprometeu e sem qualquer razão válida, force o recurso a um processo arbitral, corre o risco de ver essa conduta negativamente valorada pelo Tribunal.

Poderá colocar-se a questão de saber se em face de cláusulas deste tipo um Tribunal terá o dever de encaminhar as partes para mecanismos de ADR. Poderá sem dúvida fazê-lo e porventura deverá fazê-lo, mas não será necessária uma cláusula destas para que um Tribunal Arbitral criterioso tenha a iniciativa de sugerir o recurso a ADR, caso veja alguma possibilidade real de conciliação.

Os novos preceitos da lei processual Portuguesa a que acima nos referimos apontam no mesmo sentido: O Tribunal (no caso, Judicial) poderá encaminhar as partes para a mediação, tendo todavia estas a possibilidade de a isso se opor (Artigo 279º-A nº1). Nada obsta a que um Tribunal Arbitral possa fazer o mesmo.

Mas deverá a parte que viola a obrigação de tentar previamente a negociação ser responsabilizada?

Do ponto de vista dos princípios não há dúvida que sim, mas a dificuldade será sempre a prova do prejuízo. A generalidade dos ordenamentos civilísticos exclui a

---

<sup>29</sup> - Cfr. NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN AND MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 5ª Edição, 2009, Pág. 44-45.

possibilidade de atribuição de danos punitivos. É pois necessário fazer prova da existência de prejuízo. Ora, será virtualmente impossível determinar o prejuízo resultante de não ter tido lugar uma negociação cujo resultado era absolutamente incerto.<sup>30</sup>

### **5.5 Executoriedade de cláusulas que remetam para processos de mediação/conciliação**

Nestes terceiro grupo de casos encontramos-nos perante cláusulas que remetem para mecanismos de mediação/conciliação perfeitamente determinados e balizados.

Não obstante nestas situações não existirem dúvidas sobre o conteúdo da obrigação, muitas das observações feitas na Secção anterior têm aqui também aplicação. Todavia, neste caso encontramos-nos perante obrigações claramente definidas que, sob pena de serem esvaziadas de conteúdo, têm de poder ser executadas.

Não há como obrigar uma parte a contribuir activa e empenhadamente para o sucesso de um processo de conciliação,<sup>31</sup> mas já poderá fazer sentido obrigar essa parte a participar. A simples intervenção de um terceiro no processo e os custos em que a parte de qualquer forma irá incorrer poderão, eventualmente, ser o estímulo que a parte precisa para se empenhar na mediação/conciliação.<sup>32</sup>

Socorrendo-nos uma vez mais do texto da Lei Portuguesa, a cláusula contratual funcionará como manifestação da vontade das partes no sentido de quererem recorrer à mediação/conciliação, pelo que confrontado com uma cláusula destas, o Tribunal deverá remeter as partes para essa via.

O processo de mediação/conciliação deverá por conseguinte iniciar-se. Saber se chega a bom resultado é questão que já não se pode pretender regular: As partes não podem ser obrigadas a acordar. Assim, será possível executar a cláusula que remeta para mediação/conciliação, mas será uma execução *sui generis*, já que se uma das partes boicotar o processo, nada poderá a outra fazer.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> - Mesmo nos casos em que os Tribunais Ingleses concluíram pela executoriedade de cláusulas que impunham deveres de negociação, não deixaram de afirmar que as mesmas sempre teriam de ser objecto de interpretação restritiva – cfr. *Petromec Inc. v. Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras*, [2005] EWCA (Civ) 891, pt. 114.

<sup>31</sup> - Julgamos que qualquer tentativa de definir contratualmente o que seja uma participação activa e empenhada conduzirá a mais problemas que resultados.

<sup>32</sup> - Mesmo em Inglaterra, onde esta discussão tem tido um âmbito mais alargado, na prática a solução encontrada pelos tribunais é o «*stay of proceedings*», sendo à partida os tribunais Ingleses avessos a considerar a possibilidade de execução específica do dever de recorrer a mediação, como se referiu acima a propósito do Processo *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.* - Cfr. ROBERT MERKIN, *Arbitration Law*, LLP, London Singapore, 2004, pág. 182 e ss.

<sup>33</sup> - Este parece ser também o entendimento no Brasil. Cfr. JOAQUIM T. DE PAIVA MUNIZ E ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Juris Publishing, pág. 14.

Tal todavia não obsta a que, em função da veemência do compromisso assumido no contrato de recorrer à mediação/conciliação, o Tribunal possa impor às partes que façam mais do que iniciar o processo de mediação/conciliação, mas que se envolvam activamente no mesmo. Continuará a não haver qualquer meio de o Tribunal castigar a parte que se recuse a fazê-lo, mas provavelmente poucas serão as partes que confrontadas com uma instrução directa de um Tribunal Arbitral, optem por a desrespeitar flagrantemente.

Questão diferente é a de saber o que acontece se o Tribunal não remeter as partes para mediação/conciliação. Não é difícil admitir que a parte descontente pudesse inclusivamente disputar a jurisdição do Tribunal, na medida em que uma condição de que dependeria a própria possibilidade de constituir o Tribunal não teria ocorrido.

No entanto, sempre parecerá excessivo defender que uma sentença arbitral possa vir a ser anulada por não ter tido lugar um prévio processo de mediação/conciliação que, possivelmente, não teria gerado qualquer resultado útil.

A arbitragem é um mecanismo que envolve uma solução final: Independentemente da vontade ou colaboração de uma das partes, o Tribunal Arbitral pode proferir uma decisão, pondo termo ao litígio; esse não é o caso da mediação/conciliação, na medida em que independentemente da participação das partes, pode não ser possível conseguir um consenso. Não há portanto finalidade.

Ora, se não é possível encontrar essa finalidade, também entendemos que não faz sentido pôr em causa a validade de uma decisão arbitral final,<sup>34</sup> por num momento inicial não se ter feito uso de um mecanismo de mediação/conciliação que, por definição, não seria final.

Note-se por último que nos casos decididos por Tribunais Ingleses e aqui referidos, a questão tem-se por um lado colocado no momento do arranque do processo arbitral ou judicial e, por outro, que o sistema Inglês, para além da figura do *Stay of Legal Proceedings*,<sup>35</sup> contempla formas eficazes de interacção entre o Tribunal Judicial e o Tribunal Arbitral.<sup>36</sup>

Ainda que desta forma a eficácia das cláusulas de mediação/conciliação fique dependente da iniciativa do Tribunal de remeter as partes para tal processo, pensamos que esta é a solução que melhor balança o interesse da parte que está empenhada na mediação/conciliação, com o interesse mais amplo de se obter tão depressa quanto possível uma decisão que ponha termo ao litígio.

## 6. Conclusão

---

<sup>34</sup> - Ainda que eventualmente sujeita a alguma forma de recurso, uma decisão Arbitral não deixa de ter esse carácter final, na medida em que dá uma solução para o litígio.

<sup>35</sup> - Arbitration Act 1996, Secção 9.

<sup>36</sup> - Como seja a possibilidade de, na pendência da disputa num Tribunal Arbitral, requerer que um determinado ponto legal seja decidido pelo Tribunal Judicial - cfr. Arbitration Act 1996, Secção 46.

Da breve análise feita parece-nos ser possível concluir que as cláusulas que impõem pré-condições à instauração de um litígio, arbitral ou judicial, devem ser tratadas diferentemente consoante o grau de intensidade dos deveres que prevêem.

A possibilidade de compelir alguém a participar empenhadamente num processo de mediação/conciliação não existe; no entanto, estando tal obrigação inequivocamente prevista, cremos que um Tribunal pode obrigar as partes a darem início a esse processo.

Já não será o caso de cláusulas que apenas imponham deveres genéricos de conciliação, na medida em que não será nesses casos possível definir nenhum procedimento específico acordado pelas partes.

Mesmo nas situações em que deveres específicos de negociação são impostos, temos as maiores reservas em aceitar que uma parte possa ser compelida a cumprir com determinados passos que serão meramente formais, na medida em que não se traduzirão em qualquer solução de fundo. Em todo o caso, será perfeitamente aceitável que um Tribunal, confrontado com uma obrigação deste tipo, tente encaminhar as partes para mediação/conciliação.

Iniciado qualquer processo de mediação/conciliação, a sua eficácia estará sempre dependente da vontade das partes, pelo que se depois de desencadeado o processo uma das partes inviabilizar a sua continuação, não poderá por isso ser especificamente sancionada.<sup>37</sup> Nessa medida pensamos que mesmo no caso de cláusulas que imponham mecanismos de mediação/conciliação não se poderá falar em execução específica, porquanto esta pressupõe que o Tribunal se substitua à vontade das partes. Neste tipo de situações, tal é impossível: O Tribunal pode desencadear o processo de mediação/conciliação (assim substituindo-se às partes), mas não pode assegurar que o mesmo produza resultados.

Sem prejuízo dessa limitação, se o Tribunal adoptar uma postura pró-activa face a esse processo de mediação/conciliação, as partes irão provavelmente dar-lhe mais atenção, para não arriscarem cair no desfavor do Tribunal.

Independentemente da fé que se tenha nos mecanismos de ADR (e os autores são defensores da sua eficácia), a análise supra leva-nos a concluir que a inclusão em contratos de cláusulas que imponham pré-condições ao desencadear de acções deverá ser objecto de cuidada ponderação, na medida em que cláusulas de resolução de litígios escritas sem grande preocupação são afinal susceptíveis de,

---

<sup>37</sup> - A questão poderá ser valorada, mais tarde, aquando da decisão da repartição dos encargos da acção que venha a ser instaurada, mas julgamos que esse será o limite. A Lei Portuguesa já o prevê em certos casos, embora de forma não totalmente feliz – cfr. Artigo 447º-D nº4 do Código de Processo Civil: “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 acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.”

em vez de facilitarem a resolução do litígio, criarem um foco adicional de discussão.<sup>38</sup>

Por outro lado, haverá também que não deixar de levar em conta que a existência deste tipo de cláusulas poderá ser aproveitada por uma das partes para fins meramente dilatatórios, conseguindo assim atrasar o início do processo arbitral. Por esta razão, pensamos que deverá ser o Tribunal, em cada caso, a decidir em que medida faz sentido compelir as partes a utilizar qualquer mecanismo de ADR.

Uma derradeira conclusão é a de que as partes, ao redigirem contratos, devem dar (pelo menos) tanta atenção às cláusulas de resolução de litígios como às demais cláusulas do contrato. Independentemente do ânimo e das manifestações de boa fé que as partes exibam aquando da negociação de um contrato, há que não esquecer que nem tudo poderá correr bem e que a mais saudável relação entre dois operadores em absoluta boa fé pode sempre gerar divergências.

Quando isso suceda, é preferível ter cláusulas de resolução de litígio que tenham sido ponderadas e sejam passíveis de ser implementadas.

A não ser assim, a parte que vir gorada as expectativas que tivesse no resultado de prévios procedimentos de conciliação previstos numa cláusula contratual, deverá ponderar seriamente em que medida quererá esgrimir esse argumento, na medida em que arrisca transferir o cerne da discussão para algo que não deveria ser mais do que uma questão acessória.

A terminar, e se é louvável o propósito de contribuir para soluções baseadas na mediação/conciliação, as partes (e os advogados que as assistam) deverão estar cientes da opção que fazem para, mais tarde, poderem também aceitar as respectivas consequências.

---

<sup>38</sup> - Cfr. SIMON CHAPMAN, *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, in *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International 2010 Vol. 27 número 1), pág. 90.