

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rita Isabel Nunes Ribeiro

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS
UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências
Jurídico-Forenses orientada pelo Professor Doutor Rafael Luís Vale e Reis
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Rita Isabel Nunes Ribeiro

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS
UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)
A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses,
conducente ao grau de Mestre, orientada pelo Professor Doutor Rafael Luís Vale e
Reis e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Coimbra, julho de 2023

AGRADECIMENTOS

À minha família,
ao Daniel,
aos meus amigos,
aos meus colegas de trabalho,
o mais sincero obrigada!

Por todas as vezes em que duvidei de mim própria se revelarem a força motriz numa das épocas mais desafiantes da minha vida - só posso agradecer-vos.

A todos vós, cujo contributo inegável se encontra aqui refletido, das mais variadas formas, digo-vos que esta minha conquista é hoje vossa também!

O que mais aprendi foi que o caminho não se pode construir nem se alcança sozinho e a prova disso mesmo é o quão fundamental foi o vosso apoio para que esta dissertação chegasse realmente a bom porto.

Ao meu estimado e saudoso orientador, o Prof. Dr. Rafael Luís Vale e Reis,

por tão prontamente ter aceite guiar-me e estado sempre disposto a tecer as suas considerações no sentido de melhor me encaminhar nesta desafiante aventura.

A todos, muito obrigada!

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

A Resolução Alternativa de Litígios (RAL) tem sido amplamente discutida nos últimos anos como uma das possíveis respostas à Crise da Justiça e à conseqüente Crise do Estado de Direito. Estes meios afiguram-se como alternativas aos tribunais judiciais e têm em vista complementar o acesso à justiça, aliviando os tribunais de certos processos, focando-se na solução do litígio em causa com a intervenção das partes ao longo do processo e preocupando-se com a manutenção das relações entre as mesmas após a contenda.

De entre as várias possibilidades de meios ao dispor, destacam-se a negociação, a mediação, a arbitragem, a conciliação e os julgados de paz, a nível nacional. E muitas destas figuras, tendo em conta as devidas adaptações ao sistema jurídico onde se inserem, têm expressão internacional também. Daí que se entenda relevante uma análise, não só do sistema jurídico em vigor em Portugal, no que diz respeito a cada um destes meios, como também uma reflexão, ainda que breve e selecta, de um destes mecanismos numa perspectiva de direito comparado, recorrendo à doutrina, legislação e jurisprudência relevantes a este nível e que permitam retirar contributos importantes para o desenvolvimento do estudo dos meios de RAL.

Palavras chave: Resolução Alternativa de Litígios, Crise do Direito, Direito Comparado, Acesso à Justiça.

ABSTRACT AND KEYWORDS

Alternative Dispute Resolution (ADR) has been widely discussed in recent years as one of the possible responses to the Justice Crisis and the consequent Crisis of the Rule of Law. These means appear to be alternatives to judicial courts and are intended to complement access to justice, relieving the courts of certain processes, focusing on the solution of the dispute in question with the intervention of the parties throughout the process and being concerned with the maintenance of relationships between them after the dispute.

Among the various means available, negotiation, mediation, arbitration, conciliation and courts of peace stand out at national level. And many of these figures, taking into account the necessary adaptations to the legal system in which they operate, have international expression as well. Hence, an analysis is deemed relevant, not only of the portuguese legal system in Portugal, with regard of these means, but also a reflection, albeit brief and selective, of one of these mechanisms from a comparative law perspective, using doctrine, legislation and jurisprudence relevant to this level and which allow making important contributions to the development of the study of ADR means.

Key Words: Alternative Dispute Resolution, Legal Crisis, Comparative Law, Access to Justice.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
v.g.	<i>verbi gratia</i>
etc.	<i>et cetera</i>
vs.	<i>versus</i>
p.	página
ibid.	<i>ibidem</i>
Ed.	edição
RL	Resolução de Litígios
vide	ver
op. cit.	na obra citada
pp.	páginas
art.	artigo
arts.	artigos
LM	Lei da Mediação
n.º	número
al.	alínea
CPC	Código do Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ac.	Acórdão
TC	Tribunal Constitucional
DL	Decreto-Lei
ex.:	exemplo
cfr.	conferir
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
EUA	Estados Unidos da América
IBA	International Bar Association
LJP	Lei dos Julgados de Paz
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
NU	Nações Unidas

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law

Supra Acima

s.s. Seguintes

Capítulo III. Considerações Finais	XXXV
1. A expressão da RAL nos diversos ordenamentos jurídicos	XXXVII
2. Os possíveis contributos relevantes para o Direito	XXXVIII
3. As vantagens e limitações de um recurso à RAL	XLIII
Conclusão	XLV
Bibliografia	XLVI
Jurisprudência	LI

Far better it is to dare mighty things, to win glorious triumphs - even though checkered by failure, than to take rank with those poor spirits who neither enjoy much nor suffer much, because they live in the gray twilight that knows not victory nor defeat

Theodore Roosevelt¹

¹ Roosevelt, T. (1924), *The strenuous life: essays and addresses*, Adegri Graphics LLC.

INTRODUÇÃO

From these things therefore it is clear that the city-state is a natural growth, and that man is by nature a political animal, and a man that is by nature and not merely by fortune citiless is either low in the scale of humanity or above it [...] inasmuch as he is solitary, like an isolated piece at draughts.

Aristóteles²

A relação do Homem com o sistema jurídico é inevitável. Não só é este o seu constante e manifesto criador, como se vê guiado, apoiado e limitado por ele em todas as diversas fases da sua existência. Desde o nascimento até à morte que o ser humano e o sistema jurídico são companheiros de viagem, por entre as mudanças e evoluções das sociedades modernas e das complexas relações sociais, familiares, laborais (etc.) em que o mesmo se envolve. E o mesmo sucede porque o Homem, enquanto ser social, vive em comunidade e se desenvolve no seu ínfimo propósito na relação com os outros.

Seguindo esta linha de pensamento, é imponderável conceber essa relação com os outros sem a intervenção do sistema jurídico, estabelecendo, nomeadamente, os direitos, liberdades e garantias que regulam essas interações, bem como assegurando a sua presença quase impercetível nas relações contratuais por nós estabelecidas numa base diária. Como indica Mário Reis Marques, essas mesmas ações realizadas por meio de rotina, ao serem tão ativamente normalizadas, tornam-se irrelevantes do ponto de vista jurídico aos nossos olhos³. No fundo, o sistema jurídico liga as pessoas e a sociedade, como uma teia subtil, e permite que as mesmas possam coexistir pacificamente, regulando as suas intervenções mútuas ao longo das suas vidas, ainda que por elas passe despercebido.

No entanto, perante o surgimento do conflito, o véu ilusório que nos separa da realidade jurídica é removido e o Direito torna-se, aos nossos olhos, presente e necessário. E, no entanto, esteve sempre connosco e acompanhou toda a nossa vida, intervindo nas nossas

² Aristóteles e H. Rackham (1944), *Aristotle in 23 Volumes. Translated by H. Rackham. Vol. 21*, Cambridge, MA: Harvard University Press, London: William Heinemann Ltd.

³ Afirma o autor que “O direito está presente em quase todas as esferas do viver em sociedade. No entanto, esta ubiquidade nem sempre é consciencializada. O ajustamento das acções rotineiras dos indivíduos (ação racional) ao quadro de um comportamento normal esvazia o seu sentido jurídico.” Marques, Mário Reis (2012), *Introdução ao Direito, Volume I*, 2.^a Ed., Edições Almedina, S.A. (p. 11).

relações e na sociedade - desde o nascimento até à morte (v.g. garantindo o registo da criança ao nascer, o estabelecimento de relações de parentalidade, a sua proteção e, igualmente, auxiliando o adulto durante a construção da sua vida e carreira, nos seus investimentos ou, inclusive, na morte, protegendo a sua linha sucessória e respeitando a sua última vontade, nomeadamente, contida num testamento, etc.).

Mas é perante a natureza fragmentária característica de um conflito que vemos o Direito surgir em nosso auxílio, como, entre outras coisas, um regulador dos nossos interesses, e afastando-nos da ideia de *vindicta privada*. No fundo, um aliado a que recorreremos quando nos falta uma via de solução para o problema em mãos.

Existe conflito entre indivíduos, grupos ou sectores sociais, sempre que se produz uma relação social conflituosa e as diferentes pretensões, sem que seja possível alcançar um ponto de encontro entre os interesses em disputa, são mantidas pelos seus intervenientes. Ao direito (função pacificadora) compete impor modelos de comportamento e oferecer uma regulamentação normativa que neutralizem os efeitos perniciosos de um conflito aberto. (REIS MARQUES, 2012)⁴

Neste prisma, e verificada a preocupação do sistema jurídico em salvaguardar as relações e em garantir a paz social, impõe-se refletir sobre de que maneiras o Direito pode cumprir esta função até ao máximo da sua habilidade. Será concebível que o Direito possa atuar de maneira tal que, após a solução da disputa, as relações entre os intervenientes possam triunfar intactas? Num dos momentos mais vulneráveis das relações humanas, será verdadeiramente uma das preocupações do sistema jurídico a manutenção e renovação desses laços, finda a contenda que os afetou? E se assim o é, de que maneira esta preocupação é efetivada e quais os métodos para tal utilizados? Sendo este um problema global, a solução para o mesmo varia em função do país ou conseguimos identificar traços comuns que conduzem ao resultado que se pretende? E traços diferenciadores?

Todas estas e mais questões se levantam a este propósito e sobretudo quando pensamos que, no âmbito litigioso, a resposta mais fulcral do sistema à preservação das relações entre as pessoas foi o desenvolvimento, ao longo dos anos, de técnicas e métodos de resolução de litígios, de carácter alternativo. Será este o nosso ponto de partida para a sua

⁴ *ibid.* (p. 86).

análise individualizada e melhor compreensão num contexto de multiculturalidade, de constante e acelerado desenvolvimento comunitário, em que a opção por este tipo de métodos se apresenta como uma excelente alternativa em determinadas situações e tem sido ativamente desenvolvida e estudada nos últimos anos, para a garantia de um efetivo acesso à justiça a todos os que dela necessitam.

Resume-se a importância desta procura por meios não jurisdicionais de RL nas sábias palavras de Cardona Ferreira:

E como temos dito, não é deste mundo quem não entenda que, perante a diversidade de conflitos e de infrações ao bem-estar a que os cidadãos têm direito, há que *diversificar a oferta* de caminhos que tendam a criar soluções. (J.O. CARDONA FERREIRA, 2019)⁵

⁵ Ferreira, Jaime Octávio Cardona (2019), *Julgados de Paz, Organização, Competência e Funcionamento (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da lei n.º 54/2013, de 31.07)*, 4.ª Ed. Revista e atualizada, Edições Almedina, S.A. (p. 104).

CAPÍTULO I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. CONCEITO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS (RAL)

Com o propósito de contextualizar o estudo da RAL iniciamos este capítulo no sentido da sua definição:

Os meios de resolução alternativa de litígios, tradução livre da designação inglesa *alternative dispute resolution* (ADR), podem definir-se como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, 2018)⁶.

A noção apresentada, nas palavras de Mariana França Gouveia, resulta de um entendimento na doutrina de que esta não pode ser uma exposição exaustiva e estanque, antes uma que permita um enquadramento de novos meios ao longo do tempo, assim aumentando o leque disponível ao dispor dos cidadãos. A este propósito, Susan Blake afirma que “The term ‘alternative dispute resolution’ has no agreed definition”⁷.

No mesmo sentido, expõe Morais Carvalho:

Os meios de RAL apresentam um importante traço em comum: uma abordagem alternativa em relação aos meios judiciais. Esta nova perspetiva pode passar pelo estímulo à resolução consensual do litígio, pelo papel atribuído às partes (no processo e/ou na solução) ou ainda por uma abordagem ao litígio baseada nos interesses das partes, ou seja, nas motivações subjacentes às suas pretensões. No entanto, estes meios apresentam também importantes diferenças entre si, como, por exemplo, o carácter consensual ou adjudicatório da solução alcançada. (JORGE MORAIS CARVALHO et al., 2019⁸).

Assim sendo, o conceito a adotar será um de teor negativo, no sentido em que se estabelece como o que não for um meio judicial.

⁶ Gouveia, Mariana França (2018), *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Ed., Edições Almedina, S.A. (p.17).

⁷ Brown, Henry J. e Marriott, Arthur L. (2011)., *ADR Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell (p.2).

⁸ Carvalho, Morais Jorge, Pinto-Ferreira, João Pedro e Carvalho, Joana Campos (2019), *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Reimpressão, Edições Almedina S.A. (p. 13).

Não obstante, Mariana França Gouveia ressalta que uma definição desta ordem se afigura insuficiente para enquadrar a conciliação (art. 594.º do CPC) e adverte no sentido de uma correção da noção inicialmente disponibilizada⁹.

Os chamados ADR (“Alternative Dispute Resolution”) ou MARC (“Moyens ou Modes Alternatifs de Règlement de Conflits”) são, essencialmente, meios não jurisdicionais de resolução de conflitos (J. O. Cardona Ferreira, 2019)¹⁰.

Desta forma, o entendimento a adotar para efeitos da presente dissertação será este, enquadrando-se a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e os julgados de paz nesse âmbito. No entanto, a este propósito ressalta-se a existência de outros métodos de resolução alternativa de litígios. A opção por uma abordagem mais direcionada a estes advém da sua maior representatividade internacional e no nosso ordenamento jurídico.

2. A PERTINÊNCIA DE UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

O interesse por uma perspetiva de Direito Comparado não é uma novidade no estudo de uma determinada problemática. A referência inicial a Aristóteles mesmo aqui encontra o seu propósito, sendo do conhecimento público o seu estudo intensivo das Constituições das cidades gregas para elaborar o Tratado sobre a Política¹¹. Assim, já desde pelo menos a Antiguidade Clássica que esta é uma forma de, através de uma base comparativa, descobrir novas vias de encarar um problema jurídico em mãos e estabelecer a rota para uma solução que, por vezes, não encontramos senão no estudo de outros ordenamentos.

Reconhecido o seu valor enquanto disciplina jurídica autónoma por diversos autores ao longo dos anos¹², será introduzida uma microcomparação com base num critério de ordem funcional (*functional approach*). Segundo o mesmo, os institutos jurídicos comparáveis serão aqueles que, ainda que mediante sistemas diversos e/ou apresentando soluções diferentes,

⁹ Gouveia, Mariana França (2018), *op.cit.* (p. 18).

¹⁰ Ferreira, J. O. Cardona (2019), *op.cit.* (p. 39).

¹¹ Jerónimo, Patrícia (2015), *Lições de Direito Comparado*, 1.ª Ed., ELSA UMINHO.

¹² *vide* Duarte, Rui Pinto (2006), *Uma Introdução ao Direito Comparado*, Separata da Revista O Direito - Ano 138.º, IV, Almedina; Jerónimo, Patrícia (2015), *Lições de Direito Comparado*, 1.ª Ed., ELSA UMINHO.

apresentam respostas jurídicas a necessidades semelhantes, procurando resolver o mesmo problema de ordem social, política, económica ou criminológica¹³.

Ao nível desta temática, uma perspetiva de Direito Comparado reveste-se de utilidade na medida em que pode fornecer novos dados, perspetivas e soluções para uma área em largo crescimento ao longo dos últimos anos e com um futuro promissor. Trata-se de uma forma de identificar as tendências universais a este propósito, de encontrar um fundo comum e de desenvolver a nossa cultura jurídica.

Além disso, ao procurarmos quais os institutos desenvolvidos por outros países a este nível, podemos refletir sobre as fragilidades apresentadas pelos nossos próprios mecanismos de RAL e, com isso, ativamente discernir as melhores correções ou inovações para superar as dificuldades que localizamos. Nesse sentido, escreve Rui Pinto Duarte «Uma opção que tenha por base o conhecimento de soluções já experimentadas é evidentemente mais consciente que outra que não a possua»¹⁴.

3. ENQUADRAMENTO GERAL

3.1. A RAL COMO OBJETO DE ESTUDO

O recurso a meios de RAL intensificou-se nos últimos anos. Assistiu-se a uma maior reflexão e desenvolvimento deste tipo de métodos, como resultado das dificuldades enfrentadas pela justiça e a necessidade de inovação para lhes fazer face.

In the last forty years or so, Alternative Dispute Resolution has matured and developed. It is now part of mainstream thinking and practice perhaps more significantly than might have been anticipated. In many countries, courts and government agencies have supported its use, mediation and conflict resolution organisations have been established, Bar Associations and Law Societies have embraced its principles, practitioners from a wide range of professional disciplines including law, mental health and many others have trained in its use. Books and articles have been written, conferences and seminars have been held, and the public

¹³ Almeida, Carlos Ferreira de, e Carvalho, Jorge Morais (2013), *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª Ed., Edições Almedina S.A.

¹⁴ Duarte, Rui Pinto (2006), *Uma Introdução ao Direito Comparado*, Separata da Revista O Direito - Ano 138.º, IV, Almedina (p. 776).

and the media have come to appreciate its value and to expect attempts to be made to avoid costly, time-consuming and stressful litigation through some form of facilitated negotiation. In many law firms, litigation departments have been replaced with dispute resolution departments (HENRY J. BROWN E ARTHUR L. MARRIOTT, 2011)¹⁵.

De facto, ao longo do tempo, a tendência tem vindo a ser a de descrédito e descrença da justiça aos olhos do cidadão. Observa-se um funcionamento e organização dos tribunais com tentativas de melhoria ainda insuficientes, uma criação legislativa continuada, excessiva e que resulta em desmedida burocratização, por ser tão dispersa, e, como se verifica, objeto de inúmeras alterações e revogações¹⁶. Nesse sentido:

O direito sofreu pois as consequências da mutação qualitativa e da aceleração do ritmo da vida moderna. Deixou de haver tempo para a estratificação do costume, como fonte da lei, e esta passou a ter a instabilidade e a reflectir a incerteza da própria vida. Leis revogam leis a ritmo delirante. Leis contradizem leis. Leis não chegam a ter aplicação por falta de regulamentação. Leis colhem fruste acatamento porque não colhem o assentimento do senso comum (ANTÓNIO ALMEIDA SANTOS, 2000)¹⁷.

Num panorama de crise como este, várias se tornaram as vozes apologistas de, entre outras medidas importantes, um desenvolvimento da utilização, regulamentação e divulgação de meios alternativos de resolução de conflitos, por forma a fazer face à impossibilidade de tratamento em tempo útil de todas as causas remetidas aos tribunais judiciais¹⁸.

Na verdade, ao alcançarmos este ponto de rutura, a própria realização da justiça, até aqui tarefa exclusiva do domínio do Estado, exercida por via do poder jurisdicional, confronta-se com a realidade de que não se resume ou se pode resumir ao direito de acesso aos tribunais. Aliás, como refere Paula Costa e Silva “Agora, o direito de acesso aos tribunais

¹⁵ Brown, Henry J. e Marriott, Arthur L. (2011), *op.cit.* (p.1).

¹⁶ Simões, António Almeida, *O Distanciamento Brechtiano na Justiça*, em Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.ª Ed., Publicações Dom Quixote (p.59).

¹⁷ Santos, António Almeida, *Sobre a Crise da Justiça*, em Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.ª Ed., Publicações Dom Quixote (p. 53).

¹⁸ Nomeadamente, durante uma conferência sobre a administração da justiça, o professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, defendeu a pluralidade de meios de resolução de litígios, sugerindo a criação de tribunais multiportas, nos quais seria possível obter acompanhamento de diversos serviços de RL num só local. A sua proposta atraiu a comunidade interessada no tema, por diversas razões, e marcou o estudo e prática da RAL. Sobre esta questão, *vide* Menkel-Meadow, Carrie (2005), *Roots and Inspirations*, em *The Handbook of Dispute Resolution*, 1.ª Ed., Jossey-Bass (p.19), e Gouveia, Mariana França (2018), *op.cit.* (p.29).

é um direito de retaguarda, sendo o seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros”¹⁹.

Das duas uma: ou enfrentamos corajosamente o problema, procedendo a uma profunda revisão do paradigma, compreendendo que não é mais possível assegurar uma justiça para todos os conflitos (tal como não é possível garantir educação universitária a todos os cidadãos), retirando daí as devidas ilações, designadamente nos planos da reorganização judiciária e da solução extrajudicial de conflitos - havendo então que seleccionar, em obediência a critérios razoáveis, discutidos e, tanto quanto possível, consensualizados, os litígios que devem ser resolvidos pela justiça do Estado -, ou a justiça para todos será, em breve, uma denegação da justiça generalizada, com os tribunais completamente submersos em processos e incapacitados de resolver os conflitos em tempo útil (JOÃO CAUPERS, 2000)²⁰.

Certo é que, ainda que nos pareça relativamente recente a preocupação com o desenvolvimento e recurso a métodos de RAL, são diversas as manifestações da sua utilização ao longo dos tempos²¹. No seu conjunto, estes indícios primordiais foram o que conduziu verdadeiramente a que atualmente se disponha de um leque tão alargado de possibilidades e oferta de meios de RAL aos quais recorrer.

Porém, pode ligar-se o desenvolvimento mais acentuado dos meios de resolução de litígios aos *Critical Legal Studies*, um movimento surgido nos Estados Unidos da América no final dos anos 60. Este movimento político, crítico da lei, assumia que o Direito não era um saber neutral, como as demais ciências, mas um saber repleto de ideologias e expressões de vontade. O entendimento daqui resultante foi o de que se estava perante uma insuficiência dos meios oficiais de aplicação da legislação e a inegável necessidade de maior conhecimento e aplicação de mecanismos comunitários de justiça²².

¹⁹ Silva, Paula Costa (2009), *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora.

²⁰ Caupers, João, *A «Crise» da Justiça*, em Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.ª Ed., Publicações Dom Quixote (p.225).

²¹ vide Sanchez, Valerie A. (1996), *Towards a History of ADR: The Dispute Processing Continuum in Anglo-Saxon England and Today*, Vol. 11, Ohio State Journal on Dispute Resolution; no mesmo sentido, com o propósito de estabelecer uma timeline do recurso a métodos de RAL, Barrett, Jerome T. e Barrett, Joseph P. (2004), *A History of Alternative Dispute Resolution - The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, 1.ª Ed., Jossey-Bass.

²² Gouveia, Mariana França (2018), *op.cit.* (p. 29).

Desta forma, pode comprovar-se uma tendência para o estudo dos meios de RAL, a fim de analisar e compreender os contributos que esta área pode fornecer ao Direito como um todo, ao garantir aos cidadãos um efetivo acesso à Justiça e a manutenção da paz e das relações sociais. Este afirma-se como um contributo relevante e capaz de auxiliar o Direito a progredir para além da crise da justiça e do próprio Estado de Direito²³.

3.2. A CONTRIBUIÇÃO DA RAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA E O SEU CARÁTER ALTERNATIVO

Embora não consistindo na única possibilidade de garantir a efetividade do acesso à justiça, a RAL configura uma das formas de nos aproximarmos desse destino, pelo que não deve ser ignorada como meio capaz de garantir aos cidadãos a solução das suas contendas.

No fundo, a garantia de acesso à justiça remete para a proteção contra violações aos direitos de cada cidadão, permitindo que se “corrijam danos civis, responsabilizem o poder executivo e se defendam em processos penais”²⁴.

As normas europeias orientam-nos também na definição de acesso à justiça como uma garantia na proteção dos direitos humanos que obriga os Estados a assegurar o direito a recorrer à justiça quando está em causa uma violação dos seus direitos e seja necessária a sua devida reparação, colocando à sua disposição uma série de meios de variada índole (mormente, judicial ou extrajudicial)²⁵.

Neste sentido também se posiciona a legislação nacional, nomeadamente, através de uma garantia constitucional consagrada no art. 20.º da CRP. O artigo mencionado enquadra-se na I da CRP, relativa aos direitos e deveres fundamentais, sob a epígrafe “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”. Como refletem Gomes Canotilho e Vital Moreira, este trata-se de “um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos

²³ Cluny, António, *Uma Justiça Díctil Para Um País Normal*, em Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.ª Ed., Publicações Dom Quixote (p.107).

²⁴ Manual de Legislação Europeia sobre o Acesso à Justiça (2016), disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_POR (p.16).

²⁵ A título de exemplo, a Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, a propósito dos princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396>.

fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de Direito”²⁶. O n.º 1 estabelece o seguinte: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”²⁷.

Mais acrescenta Suzana Tavares da Silva relativamente a esta garantia constitucional de um Estado de Direito:

Trata-se, não só no direito continental, mas também nos sistemas de *common law*, de uma dimensão essencial da limitação do poder do Estado: assegurar que os cidadãos têm direito a defender-se mediante processo justo e equitativo (*due process*) dos atos do poder público, assim como encontrarem no sistema jurídico instrumentos efectivos para fazer valer os seus direitos perante o poder público e perante os outros sujeitos de direito privado (SUZANA TAVARES DA SILVA, 2016)²⁸

Assim, a este nível, a escolha de meios de RAL parece coadunar-se com a realização desta garantia e a disponibilização de mecanismos e instrumentos que de facto auxiliam os cidadãos a defender os seus direitos da melhor forma possível. Isto devido a serem uma via para um possível aumento da eficiência da justiça, reduzindo o trabalho associado aos órgãos jurisdicionais e procedendo de forma mais célere e económica, com maior preocupação com a manutenção das relações humanas após o conflito e com a redução da tensão que nele pode estar envolvido²⁹.

Todavia, a questão do acesso à justiça começa muito antes deste problema de escolha do meio mais adequado. Ela coloca-se precisamente na passagem da conflitualidade potencial a conflitualidade real publicamente assumida e que apela à intervenção de uma qualquer instância com capacidade para solucionar o litígio. Ou seja, o problema do acesso é o problema da conversão de um conflito em litígio, para retomar a distinção conceptual feita no início. De acordo com Santos et al. (1996), na

²⁶ Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, 4.º Ed. Revista, Coimbra Editora (p. 408).

²⁷ No mesmo sentido, art. 1.º da Lei 34/2004, de 29 de julho.

²⁸ Silva, Suzana Tavares da (2016), *Direito Constitucional I*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (pp. 144-145).

²⁹ Manual de Legislação Europeia sobre o Acesso à Justiça (2016), disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_POR (p. 55).

origem da resignação e da baixa propensão para litigar da sociedade portuguesa estão diversos factores económicos, sociais, culturais e até psicológicos. A recusa em litigar tanto pode ser motivada pela escassez de meios financeiros para pagar os serviços de um bom advogado como pode resultar da descrença numa efectiva reparação, como, ainda, significar uma fuga a um processo estigmatizante e emocionalmente muito penalizador (CATARINA FRADE, 2003)³⁰

A sua contribuição para a efetivação desta garantia é, portanto, inegável, quando está em causa o recurso a meios de RAL de carácter voluntário³¹ e em que a sua utilização surge numa perspectiva de alternativa em função do recurso ao tribunal ordinário competente. Assim se considera uma vez que, quando perante meios alternativos impostos aos intervenientes, uma das funções de maior importância no âmbito da RAL pode ficar comprometida - precisamente, a da consideração dos interesses das partes na busca pela solução do conflito. Se, por um lado, as partes podem não ter interesse ou entender não se adequar o recurso à RAL, por outro, deve sempre ser salvaguardada a possibilidade de tutela dos seus interesses no âmbito jurisdicional. Em caso de inexistência de uma solução satisfatória por via de RAL, as partes devem sempre ter a possibilidade de recorrer, se assim o desejarem, aos tribunais judiciais. Assim é o nosso entendimento, nomeadamente, por força do referido artigo 20.º da CRP. A RAL faz sentido e apresenta, em princípio, resultados mais favoráveis se for uma opção das partes e não uma imposição. É daí que surge o seu maior contributo em relação aos tribunais estaduais, por concentrar nas partes o poder de solucionarem o conflito e de participarem/conformarem a decisão conforme a sua vontade. Daí que se pode formular a questão: retirar-lhes essa característica tão própria, não é, no fundo, descaracterizar este tipo de instrumentos? Além do mais, sendo considerados enquanto meios *alternativos* de resolução de litígios, esse entendimento pressupõe que os mesmos sejam, realmente, uma alternativa, nunca uma completa substituição dos tribunais judiciais por imposição legal.

³⁰ Frade, Catarina (2003), *A Resolução Alternativa de Litígios e o Acesso à Justiça: A Mediação do Sobreendividamento*, Revista Crítica de Ciências Sociais (pp. 107-128).

³¹ A qualificação dos meios de RAL pode ser feita tendo em consideração diversas perspectivas possíveis. Nomeadamente, estes podem classificar-se como voluntários *vs.* obrigatórios, adjudicatórios *vs.* consensuais, concentrados nos interesses *vs.* direitos. Assim estabelece Gouveia, Mariana França, *op.cit.*, p. 18, e Niemic, Robert J., Stienstra, Donna, e Ravitz, Randall E. (2001), em *Guide to Judicial Management of Cases in ADR* (pp. 9-10). Há, no entanto, outros critérios mobilizados por outros autores no sentido da qualificação dos meios de RAL, *vide* Steffek, Felix, e Unberath, Hannes (2013), *Guide for Regulating Dispute Resolution (GRDR): Principles and Comments*, p. 16.

Ao longo dos anos têm vindo a ser instituídos diversos mecanismos de RAL de carácter obrigatório, não só em Portugal (como a Arbitragem necessária), como no mundo. Mas hoje, soluções advindas de meios de RAL obrigatórios são questionadas no plano nacional e internacional, nomeadamente, sendo alvo de dúvidas relativas à sua constitucionalidade.

A este propósito, os tribunais portugueses também se manifestam relativamente a este tipo de questões e dúvidas ao nível da admissibilidade dos meios de RAL obrigatórios. Como exemplo, atente-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/12/2022³². Perante um litígio entre uma parte e uma empresa, é posta em causa a competência dos tribunais arbitrais necessários por, alegadamente, sacrificarem o acesso à justiça. Distinguindo arbitragem necessária de arbitragem voluntária³³, o acórdão prossegue a abordar a limitação da liberdade dos litigantes no âmbito da arbitragem necessária para optar entre submeter o litígio à jurisdição judicial ou à arbitragem voluntária com vista a solucionar o conflito. Questiona-se ainda se tal é conforme à Constituição, argumentando-se para tal que se pode estar a pôr em causa o direito de acesso aos tribunais e o princípio da igualdade, uma vez que, no âmbito da arbitragem necessária, os litigantes se veem impedidos de recorrer de forma direta aos tribunais que, em situação normal, seriam os considerados competentes. No entanto, e como já havia sido concluído noutros acórdãos anteriores³⁴, a constitucionalidade dos tribunais arbitrais não é questionada se garantido que a decisão arbitral não é ou será definitiva, estando previsto recurso com controlo de mérito das decisões emanadas por estes tribunais para os tribunais estaduais. O acórdão estabelece ainda que a CRP, no seu artigo 202.º/1, estabelece uma reserva de jurisdição aos tribunais estaduais, em que estes são os únicos órgãos a exercerem a função jurisdicional no âmbito dos poderes do Estado. Contudo, sendo os tribunais arbitrais considerados como verdadeiros tribunais e exercendo também uma função jurisdicional, estando constitucionalmente legitimados, também fazem parte da garantia de acesso aos tribunais, devendo respeitar as garantias do artigo 20.º da CRP, pelo que devem assegurar a garantia de recurso para os tribunais aos quais o Estado atribui a função maior de

³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de dia 30 de novembro de 2022, processo n.º

134/21.8T8GMR.G1.S1, 6.ª Secção, Relator António Barateiro Martins.

³³ “Constitui arbitragem voluntária a que decorre da vontade das partes e acontece quando as partes podem optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio; sendo arbitragem necessária a que decorre de uma determinação legal que impõe às partes a submissão da resolução do litígio à arbitragem, não lhes dando a possibilidade de optarem entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio”.

³⁴ *vide* Acórdãos do Tribunal Constitucional (TC) n.º 230/2013, de 24 de abril, e 781/2013, de 20 de novembro, onde é admitida a constitucionalidade da arbitragem necessária, desde que, como referido, garantida a possibilidade de interposição de recurso para os tribunais estaduais.

administração da justiça e de responsabilização da garantia dos direitos fundamentais, permitindo um controlo de mérito das decisões proferidas.

Importa ainda mencionar a este nível que, como já estabelecido anteriormente, o leque de meios e instrumentos à disposição das partes em litígio para solução da contenda que as afeta não deve ser estanque. E tal é de refletir também com base no disposto no artigo 202.º da CRP, relativo à Função Jurisdicional, na Parte III referente à Organização do Poder Político. Ainda que o artigo comece por referir os tribunais como os órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome dos cidadãos (leia-se o seu n.º1), o n.º 4 estabelece o seguinte: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, analisando o n.º 4 do artigo 202.º da CRP:

A forma de solução de conflitos através dos tribunais e mediante decisão de um juiz continua a ser, num Estado de direito democrático-constitucional, a via principal de acesso ao direito. Reconhece-se, porém, que ela, só por si, já não é suficiente para garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas e aproximar a composição dos conflitos de uma *justiça de proximidade*. Daí a institucionalização de formas alternativas (ex.: a mediação), que hoje são típicas do *Estado cooperativo* e abrangem inclusivamente as próprias mediações penais (cfr. L n.º 21/2007, de 12-06) (cfr., anotação ao art. 209º sobre os julgados de paz) (GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, 2010)³⁵.

³⁵ Canotilho, J.J. Gomes, e Moreira, Vital (2010), *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4.ª Ed., Coimbra Editora (p. 511).

CAPÍTULO II. A DIVERSIDADE DE MEIOS DE RAL, O SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO E UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

1. A MULTIPLICIDADE DE MEIOS DE RAL. A SUA DEFINIÇÃO E TRAÇOS GERAIS. O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS.

1.1. NEGOCIAÇÃO

A negociação pode ser definida enquanto processo de resolução de litígios segundo o qual as partes, se o pretendem, modificam as suas posições em face da contenda para alcançarem um acordo tido como satisfatório para ambas³⁶.

Enquanto meio de RAL, a negociação é considerada o método mais comum a ser utilizado, muito em parte devido à inexistência de um trâmite preestabelecido a seguir, promovendo desta forma uma maior liberdade das partes em como operar. Nomeadamente, pode ser conduzida pelos próprios interessados ou através de advogados, no âmbito de uma simples troca de ideias ou perante uma reunião de negociação mais estruturada³⁷.

Os modelos de negociação utilizados podem, portanto, variar. Destaca-se a este propósito o renomado modelo proposto por Fisher, Ury e Patton, no início dos anos 80 - o método da negociação de princípios³⁸. Ainda que este não seja integralmente o modelo negocial seguido atualmente, o seu contributo nesta área é inegável, sendo digno de menção.

Considerar a negociação como um método de RAL autónomo, contudo, não é um entendimento isento de críticas na doutrina. Autores há que a entendem como um elemento auxiliar dos restantes processos de RAL e não como uma via autónoma de solução³⁹, por exemplo, como auxílio à transação, em que cada uma das partes cede de algum modo nas suas posições em benefício da parte contrária, com vista a obter o acordo possível⁴⁰. Todavia, é possível a sua mobilização autónoma para a solução de conflitos entre as partes, ainda que a negociação esteja além disso associada a outros métodos de RAL⁴¹. E, por essa razão, será para os efeitos desta dissertação encarada enquanto tal.

³⁶ Gouveia, Mariana França (2018), *op.cit.* (p.41).

³⁷ Blake, Susan Heather (2016), *The Jackson ADR handbook*, 2.ª Ed., Oxford University Press (p. 17)

³⁸ Sobre esta temática, *vide* Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton (2003), *Como Conduzir uma Negociação?*

³⁹ Brown, Henry J. e Marriott, Arthur L. (2011)., *op.cit.* (p.18).

⁴⁰ Dias, Jorge de Figueiredo (2003), *III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Universidade de Coimbra (p.10).

⁴¹ Gouveia, Mariana França, *op.cit.* (pp. 22-23).

O que diferencia a negociação, nomeadamente, da mediação é, precisamente, a possibilidade de às partes ser permitido agir sem a intervenção de terceiros e nesta, por sua vez, ser exigida a intervenção de um terceiro imparcial - o mediador.

Destarte, não deixa de ser reconhecida na doutrina a relevância da negociação e a sua importante mobilização no que aos restantes métodos de RAL diz respeito.

1.2. MEDIAÇÃO

A definição legal de mediação surge-nos no art. 2.º da Lei da Mediação⁴², estabelecendo-se que a mediação é «a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos». Este, por sua vez, é definido como «um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto de litígio». Esta é uma das características fundamentais que permitem distinguir a mediação da conciliação, na qual o terceiro em causa é titular de poder adjudicatário (um juiz ou um árbitro).

Assim sendo, podem identificar-se três elementos chave na definição deste método de RAL:

There are three necessary components of mediation in a conflict: (1) the mutually permitted involvement of a third party, (2) third-party reliance on nonviolent tactics, and (3) an absence of authority for the third party to make a binding resolution. (KYLE BEARDSLEY, 2011)⁴³.

Não obstante, como refere Mariana França Gouveia, a mediação só pode definir-se se atentos os arts. 4.º e 26.º, al. b) da Lei da Mediação, que estabelecem, respetivamente, o

⁴² Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

⁴³ Beardsley, Kyle (2011), *The Mediation Dilemma*, Cornell University Press (p. 18).

princípio da voluntariedade no decorrer do processo de mediação e a impossibilidade de o mediador impor um qualquer acordo às partes durante todo o processo⁴⁴.

O processo da mediação compreende em si mesmo os princípios norteadores da voluntariedade (art. 4.º da LM), da confidencialidade (art. 5.º da LM), da igualdade e imparcialidade (art. 6.º da LM), da independência (art. 7.º da LM), da competência e da responsabilidade (art. 8.º da LM) e da executoriedade (art. 9.º da LM). Analisaremos mais atentamente os arts. 4.º, 5.º e 9.º da LM.

O princípio da voluntariedade refere-se à não obrigatoriedade de submissão dos litígios ao processo de mediação, ou seja, não há lugar à mediação obrigatória. Além disso, ainda que o processo de mediação seja iniciado, as partes podem dele prescindir, se assim o desejarem.

Já o princípio da confidencialidade diz respeito, como indica Cardona Ferreira, a «um ponto nuclear da mediação»⁴⁵. Apesar de ser um princípio que cede em razão de preocupações de ordem pública, como seja o superior interesse de crianças, quando esteja em causa a integridade física e/ou psíquica de alguém ou quando tal se afigura necessário para execução do próprio acordo, o princípio da confidencialidade estabelece que o que é dito na mediação não é publicável. Tal contribui para a colaboração das partes no processo, sendo informadas de que o que dizem não é comunicado à outra parte.

Por fim, o princípio da executoriedade não existe em todos os ordenamentos jurídicos. O artigo 9.º atribui a qualidade de título executivo ao documento que reflita um acordo obtido por via de mediação, mesmo que sem ter sido homologado jurisdicionalmente, tendo no entanto que obedecer rigorosamente ao condicionalismo previsto no artigo em causa.

Uma das figuras fundamentais na mediação é, precisamente, o mediador. Este funciona como um verdadeiro agente de mudança⁴⁶ que, munido dos seus conhecimentos e técnicas procura restabelecer a comunicação entre as partes, facilitando o diálogo e promovendo a resolução do litígio, que é da responsabilidade das partes envolvidas.

⁴⁴ Gouveia, Mariana França, *op.cit.* (p. 47).

⁴⁵ Ferreira, Jaime Octávio Cardona, *op.cit.* (p. 358).

⁴⁶ Campos, Luís Melo (2009), *Mediação de Conflitos: Enquadramentos Institucionais e Posturas Epistemológicas* (p.185).

Em Portugal, foram instituídos sistemas públicos de mediação que se ocupam, nos termos do artigo 30.º da LM, de fornecer aos interessados formas mais céleres de RAL, através de serviços criados e geridos por entidades públicas. Incluem-se neste âmbito os sistemas de mediação familiar, laboral e penal. A mediação familiar é a que dispõe, entre nós, de maior tradição no ordenamento jurídico⁴⁷. Os litígios que podem ser objeto de mediação são os que resultam, salvas exceções⁴⁸, de interesses patrimoniais (artigo 11.º da LM).

As partes podem homologar o acordo obtido por via de mediação em tribunal judicial se assim for a sua vontade e se a tal não estiverem já obrigadas por força legal (artigo 273.º/5 do CPC e artigo 45.º da LM). Este acordo, tendo em conta os artigos 9.º e 14.º da Lei 29/2013, de 19 de abril, tem força executória se 1) o acordo cumprir com as exigências do artigo 9.º da referida Lei, que diz respeito ao princípio da executoriedade, ou 2) se for homologado em tribunal judicial competente, como indica o artigo 14.º da LM. Se for um acordo obtido na pendência de processo estadual ou arbitral, esta homologação é obrigatória em Portugal por força do artigo 56.º da LJP.

Uma vez homologado o acordo, este reveste-se da natureza de sentença de homologação ou homologatória, constituindo um título executivo de valor reforçado.

Em confronto com as sentenças em que o juiz decide o litígio entre as partes, mediante a aplicação do direito (substantivo) ao caso que lhe é presente, as sentenças homologatórias caracterizam-se por o juiz se limitar a sancionar a composição dos interesses em litígio pelas próprias partes, limitando-se a verificar a sua validade *enquanto negócio jurídico* (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, 2018)⁴⁹.

⁴⁷ Gouveia, Mariana França, *op.cit.* (pp. 74-77).

⁴⁸ O critério da patrimonialidade destina-se apenas aos litígios no âmbito civil ou comercial, ficando em aberto a possibilidade de mediação em outras áreas que não estas de carácter patrimonial.

⁴⁹ Freitas, José Lebre de (2018), *A Ação Executiva, à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Ed., GESTLEGAL (p. 62).

1.3. CONCILIAÇÃO

O recurso à conciliação, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, já não é novo. Inclusive, a conciliação está prevista no artigo 594.º do CPC, sob a epígrafe “Tentativa de conciliação”.

Segundo o artigo, pode ter lugar a conciliação se, cabendo a causa no âmbito dos poderes de disposição das partes, estas assim o requeiram conjuntamente ou o juiz a considere a solução de equidade mais adequada aos termos do litígio. Trata-se de uma diligência obrigatória da audiência final (artigo 604.º/2 do CPC). Nos Julgados de Paz também há lugar à conciliação logo no início da audiência de julgamento (artigo 26.º/1 LJP).

A prática da conciliação jurisdicional relaciona-se com a intervenção de quem tem o poder para decidir (o juiz ou árbitro) na procura pela solução do litígio, conduzindo as partes nesse sentido. Ainda que semelhante à mediação, uma das maiores diferenças prende-se, exatamente, com esta figura intervencionista. O juiz ou árbitro é alguém com poder de decisão, enquanto que o mediador não. A intervenção do juiz pode implicar uma pressão sob as partes e colocá-lo numa posição de parcialidade no julgamento, além de que não é possível garantir o princípio da confidencialidade, uma vez que o julgador toma conhecimento da causa. Mariana França Gouveia entende que, ainda que existam semelhanças entre mediação e conciliação, um juiz nunca poderá, pelas razões avançadas, realizar mediação - estará sempre a realizar conciliação, por existirem largas dificuldades em distinguir uma tentativa de mediação de uma tentativa de conciliação, quando levada a cabo por um juiz⁵⁰.

Não é claro na doutrina o que de facto pode considerar-se como conciliação:

O que é, afinal e então, a conciliação?

Há quem entenda que só pode chamar-se conciliação à jurisdicional, há quem defenda uma distinção entre mediação e conciliação, sendo esta avaliadora e a mediação facilitadora e, por último, autores há que discordam da distinção entre as duas figuras, considerando que são apenas níveis diferentes de mediação.

A conciliação jurisdicional comporta em si uma característica que faz toda a diferença: as partes estão perante quem decide. Esse facto modifica a sua postura - é

⁵⁰ Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 103).

muito diferente o comportamento das pessoas quando estão perante alguém que pode decidir ou alguém que não tem sobre o litígio qualquer poder. Esta diferença implica a não aplicação de um dos princípios fundamentais da mediação, o princípio do pleno domínio do processo pelas partes (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, 2018)⁵¹.

O critério para determinar quais os litígios que podem ser alvo de conciliação é o da disponibilidade do direito, o antigo critério utilizado na mediação e arbitragem e que entretanto foi alvo de modificação. Na opinião de Mariana França Gouveia, sendo este o meio mais garantístico dos interesses das partes, não faz sentido a restrição ao nível dos litígios que lhe podem ser atribuídos⁵². Assim, à partida, estão excluídos do seu âmbito os litígios relacionados com crimes públicos, direitos coletivos ou difusos e outros nos quais a iniciativa do exercício do direito é também de ordem pública.

1.4. ARBITRAGEM

Nas palavras de Mariana França Gouveia:

A arbitragem define-se como um modelo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros. E essa decisão é vinculativa para as partes. A arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos: não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a conseqüente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, 2018)⁵³.

Muito se poderia refletir sobre a arbitragem, por tratar-se de uma figura tão rica e desenvolvida nos últimos anos. Apenas se irá referir breves pontos-chave da regulação do seu regime e do que a distingue, em geral, dos restantes meios de resolução alternativa de litígios

⁵¹ Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 105).

⁵² Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 116).

⁵³ Gouveia, Mariana França, *op.cit.* (p. 119).

até aqui mencionados.

A arbitragem é regida em Portugal pela Lei n.º 63/2011, de 11 de dezembro, conhecida como a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Esta veio substituir a Lei 31/86, de 29 de agosto, e foi regida tendo em consideração a Lei-Modelo da UNCITRAL, de acordo com a recomendação da Assembleia-Geral da NU⁵⁴.

Há diversas espécies de arbitragem:

A arbitragem pode ser institucionalizada ou *ad hoc*. A primeira realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara) com carácter de permanência, sujeita a um regulamento próprio. Já na segunda modalidade, o tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio. Antes da execução da convenção de arbitragem o tribunal não existe e após o proferimento da decisão arbitral extingue-se (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, 2018)⁵⁵.

Neste âmbito, a figura da convenção arbitral é de grande importância na medida em que reflete o acordo das partes na submissão à arbitragem de determinado tipo de conflitos, atuais ou futuros. Sendo um negócio jurídico bilateral, as regras aplicáveis em relação à validade da convenção são as relativas aos negócios jurídicos, salvo as exceções previstas na LAV ou em legislação específica sobre o assunto. A nulidade da convenção, tal como a sua anulabilidade ou ineficácia, determinam o fundamento para a anulação da decisão arbitral. Trata-se de um meio de resolução alternativa de litígios de cariz jurisdicional, contrariamente à mediação, por exemplo.

Como dispõe o artigo 1.º/1 e 2 da LAV, não são arbitráveis os litígios que estão sujeitos à arbitragem necessária e aqueles que sejam da competência exclusiva dos tribunais judiciais. Além disso, são arbitráveis todos os litígios que digam respeito a interesses de natureza patrimonial e a interesses não patrimoniais se forem transacionáveis⁵⁶.

⁵⁴ Gouveia, Mariana França, *op.cit.* (p.121).

⁵⁵ Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 123).

⁵⁶ Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 135).

1.5. JULGADOS DE PAZ

Os julgados de paz encontram-se previstos no artigo 209.º da CRP, elencados enquanto tribunais portugueses e, mais especificamente, são regidos pela Lei dos Julgados de Paz, a Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, atualizada pela redação da Lei 54/2013, de 31 de julho.

Estes constituem verdadeiros tribunais, inseridos e considerados enquanto tal na oferta de justiça do Estado. Um dos aspetos que os destaca em relação aos tribunais judiciais é a sua teleologia, no sentido em que praticam uma justiça alternativa, fruto de uma ideia de proximidade e de alcançar um acordo através de meios como a mediação e a conciliação. Os julgados de paz são o exemplo que temos de mais próximo da ideia, mencionada *supra* e lançada pelo professor Frank Sander sobre os tribunais multiportas (*Multi-Door Courthouse Concept*).

A ideia seria ter um centro de resolução de litígios que teria num único lugar diversas ofertas de justiça - judicial, justiça de proximidade, arbitragem, mediação, conciliação, entre outras - que poderiam ser escolhidas pelos utentes à entrada. Haveria uma espécie de triagem do processo e aconselhamento, cabendo ao autor a opção de escolher o meio mais adequado. Neste sistema ideal, a competência seria, entre todos, verdadeiramente alternativa, como se se tratassem de várias especialidades da mesma ciência. Em função da patologia, as pessoas seriam encaminhadas para a respectiva especialidade (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, 2018)⁵⁷.

A jurisdição dos Julgados de Paz, contrariamente ao que pode acontecer na arbitragem, não se funda na vontade das partes, mas antes na lei, sendo obrigatória para ambas as partes. Os Julgados de Paz regem-se ainda pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, onde são indicados, no artigo 2.º, os princípios que norteiam a sua atuação.

A competência territorial e material é definida nos artigos 8.º e ss. da LJP. As ações a serem apreciadas pelos Julgados de Paz não podem exceder os 15.000 euros. No artigo 9.º são expostas as matérias sobre as quais os Julgados de Paz têm competência. As matérias mais favoráveis à sua intervenção, no entanto, são aquelas que dizem respeito a conflitos entre

⁵⁷ Gouveia, Mariana França, *op. cit.* (p. 323).

peças singulares e disputas de proximidade. Relativamente à competência territorial, expressa no artigo 11.º da LJP, refere-se que quando estão em causa ações relacionadas com direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis e ações de divisão de coisa comum, o local de propositura da ação é o da situação dos bens.

Os Julgados de Paz e o seu papel na sociedade podem ser sintetizados da seguinte maneira:

Os Julgados de Paz constituem uma rede de tribunais de proximidade, instalados e funcionando em estreita cooperação entre o Estado e os Municípios vocacionados para a maximização da participação dos cidadãos na justa composição dos litígios que lhes respeitam, mediante procedimentos caracterizados pela simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual.

Ao Conselho dos Julgados de Paz, órgão independente e de composição plural, funcionando com apoio administrativo da Assembleia da República, compete acompanhar a instalação e o desempenho desses tribunais e, além do mais, praticar os actos de nomeação, gestão e disciplina dos seus juizes.

2. PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

2.1. A MEDIAÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Após estabelecida, ao longo destes capítulos, a relevância da temática dos meios RAL no panorama jurídico internacional, afigura-se possível proceder a uma breve comparação. Note-se que esta será, como é certo, limitada, na medida em que apenas iremos analisar e comparar determinados institutos já mencionados a propósito da análise do sistema jurídico português na medida em que os mesmos são regulados, utilizados e recebidos atualmente em alguns países que consideramos relevantes para o efeito. Uma análise exaustiva e completa seria pouco concebível no âmbito de uma dissertação.

Para tal, iremos apenas abordar a mediação e como esta se encontra regulada, desenvolvida e é utilizada nos sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense, em confronto com o que se referiu até ao momento sobre o sistema jurídico português. A opção por este instrumento de RAL em particular prende-se com a sua relevância a nível internacional, o seu

crescimento ao longo dos últimos anos, demonstrando um claro investimento e interesse dos juristas e do Estado na sua evolução. A mediação desenvolveu-se nos últimos anos como uma alternativa consolidada e credível em vários sistemas jurídicos, na qual a manutenção das relações entre as partes e a recuperação da confiança após o litígio são traços marcantes.

A justificação da escolha destes ordenamentos prende-se com razões de índole variada. O ordenamento jurídico brasileiro desenvolveu um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), demonstrando a sua preocupação no desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de litígios e tem vindo a dispor legalmente sobre a mediação, em particular, ao longo dos últimos anos. Por sua vez, sendo entendimento generalizado que a origem dos métodos de resolução alternativa de litígios se relaciona com os sistemas de *common law*, desenvolvendo-se, em particular, nos Estados Unidos da América (EUA), como já se abordou anteriormente, parece relevante analisá-lo em confronto com os demais.

Iniciemos, portanto, esta análise, por concentrar a nossa atenção concretamente na figura da mediação. Já apresentada a sua definição anteriormente, quando apresentado o regime jurídico em vigor em Portugal a este respeito, esta não difere propriamente das noções avançadas nos restantes ordenamentos jurídicos aqui em causa. No ordenamento jurídico brasileiro definiu-se mediação da seguinte forma:

Esta lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (LEI N.º 13.140/2.015)⁵⁸.

Já nos EUA, há quem defina mediação como:

A procedure in which a neutral third party facilitates communication and negotiations among the parties to seek resolution of issues between the parties. Mediation is non-binding and does not, unless otherwise agreed to by the parties,

⁵⁸ Lei n.º 13.140/2.015, de 26 de junho de 2015.

authorize the third party neutral to evaluate, decide or otherwise offer a judgment on the issues between the parties (KATHERINE VAN WEZEL STONE, 2000)⁵⁹.

Por sua vez, o Alternative Dispute Resolution Act, de 1998, estabelece que:

For the purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist, in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial and arbitration (ALTERNATIVE DISPUTE ACT, 1998).

No Brasil, na mediação podem ser discutidos direitos disponíveis e indisponíveis, sendo que, para estes últimos, é necessária a homologação do juiz e a manifestação do Ministério Público⁶⁰. Uma diferença relativamente ao sistema estadunidense consiste no facto de que, no Brasil, a implementação e efetivação da mediação tem vindo a ser introduzida no ordenamento jurídico pelo próprio poder judiciário. Tal representa uma consequência ao nível do entendimento que é feito do próprio instituto da mediação - enquanto que, nos EUA, foi-se desenvolvendo por via da doutrina e é hoje encarado como uma via extrajudicial de litígios, no Brasil já não é assim, caminhando mais próximo de uma via judicial⁶¹.

Nos EUA, a mediação envolve o uso de um terceiro que procura facilitar o que é considerado, no fundo, como um processo negocial para resolver uma disputa⁶². Existem vários tipos de serviços de mediação disponíveis, desde os disponibilizados pelos tribunais, por sociedades comerciais ou associações, ou simplesmente por um indivíduo. Muitos processos de mediação demoram apenas um dia, sendo que os mais complexos podem durar mais “In contrast, a small claim mediation is normally conducted by telephone within one

⁵⁹ Stone, Katherine Van Wezel (2000), *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foundation Press (p. 33).

⁶⁰ Lima, Vamberth Soares de Sousa, e Nogueira, Magna Valéria (2021), *O acesso à justiça através da mediação: estudo de direito comparado entre os sistemas jurídicos do Brasil e do Reino Unido (Common Law)*, Brazilian Journal of Development.

⁶¹ Eidt, Elisa, e Goulart, Juliana (2020), *Lei da Mediação completa cinco anos, mas Mediação Extrajudicial precisa avançar*, Revista Consultor Jurídico.

⁶² Blake, Susan H. (2016), op. cit. (p. 17).

hour” (Susan H. Blake). O processo de mediação permite, como em Portugal, a presença de advogados das partes.

Também no ordenamento jurídico estadunidense há uma preocupação com garantias de confidencialidade no âmbito do processo de mediação. Ainda que possa não ser um elemento descrito no acordo de mediação, este é um dever decorrente do código de conduta a seguir pelo mediador ao longo do processo.

Um aspeto divergente do sistema jurídico dos EUA é a possibilidade de serem estabelecidas sanções por força de as partes: não obedecerem a uma ordem do tribunal para tentar resolver a disputa por meios de RAL; não aceitarem uma proposta feita pela parte contrária para tentar resolver o litígio por via de RAL; não aceitarem um convite feito pela parte contrária para usar um processo de RAL “during the course of litigation, or even after judgment and prior to the hearing of an appeal” (Susan H. Blake)⁶³. A mediação é utilizada para qualquer tipo de disputas capazes de ser resolvidas através da negociação, independentemente do objeto da causa. A sua utilização pode ser feita em praticamente todos os tipos de contratos, disputas do consumidor, de vizinhança, de família, do setor público, etc.

Relativamente a aspetos comuns, os princípios que norteiam a mediação em cada um destes países afiguram-se semelhantes. O fundamento base da mediação é o mesmo e a preocupação que se destaca com as relações sociais não muda por mudarmos de ordenamento.

⁶³ Blake, Susan H., *op. cit.* (p. 117).

CAPÍTULO III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A EXPRESSÃO DA RAL NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Um dos recursos mobilizáveis para analisar a expressão da RAL em vários ordenamentos jurídicos, nomeadamente europeus, é a análise anual do Painel de Justiça da União Europeia.

O objetivo do Painel consiste em analisar os sistemas judiciais europeus relativamente a três indicadores: a eficiência, a qualidade e a independência dos sistemas judiciais. O propósito desta análise resume-se na intenção de assistir os Estados-Membros na tarefa de melhoria dos seus sistemas e promover a comparação dos mesmos entre si⁶⁴.

Assim sendo, analisando os dados fornecidos pelo Painel, verifica-se que há um elevado esforço e incentivo dos Estados-Membros da União Europeia à promoção da utilização voluntária de métodos de RAL. A Lituânia, a Alemanha e a Hungria são os países que mais o fazem, por oposição à Irlanda, Croácia e ao Chipre. Portugal, por sua vez, encontra-se em oitavo lugar da lista⁶⁵. Pode ler-se o seguinte no que diz respeito às contribuições em 2022 para um direito mais acessível e próximo dos cidadãos:

The 2022 EU Justice Scoreboard continues to analyse the ways in which Member States promote voluntary use of alternative dispute resolution methods (ADR) (Figure 29), including the possibility of using digital technologies. Compared to 2020, a third of Member States increased their promotion efforts while around the same number decreased their efforts. In general, the number of ways to promote ADR methods tends to be lower for administrative disputes than for civil and commercial, labour or commercial disputes, but a slightly increased effort can be observed in this area compared to 2020.

Desta forma, verifica-se a existência de uma preocupação, por parte dos Estados-Membros, em continuar a incentivar a promoção do uso de meios de RAL e o seu estudo e conhecimento.

⁶⁴ *vide*

https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_pt.

⁶⁵ *vide* figura 29 do Relatório do Painel de Justiça da União Europeia em 2022.

Importa referir-nos, por fim, a alguns instrumentos de direito internacional que marcaram o desenvolvimento dos meios de RAL e, conseqüentemente, a sua expressão em vários ordenamentos jurídicos, nomeadamente, a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados e as Guideline and Rules da International Bar Association (IBA).

A Convenção de Nova Iorque Sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 vigora em Portugal desde 16 de janeiro de 1995, tendo aderido com expressa reserva de reciprocidade⁶⁶. Já a referida Convenção de Washington vigora em Portugal desde 1 de agosto de 1984.

As IBA Guidelines são inspiradas na ideia de que os representantes das partes, no âmbito da arbitragem internacional, devem reger-se por princípios de honestidade e integridade e não devem envolver-se em atividades designadas para produzir maiores atrasos ou despesas, inclusive táticas para promover a obstrução dos processos de arbitragem⁶⁷.

2. OS POSSÍVEIS CONTRIBUTOS RELEVANTES PARA O DIREITO

Os meios de RAL têm vindo a ser utilizados por forma a dar resposta a diferentes tipos de conflitos na ordem societária. No entanto, mais recentemente, tem-se equacionado a possibilidade da sua intervenção no auxílio à resolução de conflitos de ordem socioambiental, de direito do consumo, de *cross-border disputes*, de *online disputes*, disputas do foro desportivo, entre outras. Procederemos a uma breve menção e reflexão sobre algumas destas temáticas, considerando os contributos relevantes da RAL para este género de conflitos e, conseqüentemente, para o Direito.

Relativamente aos conflitos socioambientais, a mediação tem particularmente sido um dos meios referidos como capaz de auxiliar e promover a procura de uma solução de forma

⁶⁶ Henriques, Duarte Gorjão (2013), *A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 1958 na Jurisprudência Portuguesa*, disponível em https://www.arbitragem.pt/xms/files/Estudos_da_APA/convencao-nova-iorque-1958-duarte-gorjao-henriques.pdf

⁶⁷ Mais informações disponíveis em <https://www.ibanet.org/resources>.

cooperativa e eficiente, considerando os interesses de todos⁶⁸. Aliás, esta é uma das áreas em que a mediação tem o maior potencial de crescimento.

A mediação em contexto ambiental traduz um meio extrajudicial de resolução de litígios através do acordo entre os diversos *stakeholders* que representam distintos interesses em conflito no âmbito de um determinado litígio territorial, urbanístico ou ambiental. O relevo e a consciência da sua importância têm vindo a crescer paulatinamente, de modo que se torna imperioso conhecer os seus contornos legais e as suas virtualidades práticas da sua aplicação (CÁTIA MARQUES CEBOLA ET AL., 2020)⁶⁹.

Não é difícil conceber que a preocupação com o bem-estar ambiental resulta na necessidade de encontrar soluções coletivamente em prol de um mesmo objetivo comum. A mediação, por força da sua natureza, acaba por se destacar a esse nível, uma vez que reúne em si as características ideais para lidar com este tipo de conflitos - flexibilidade de procedimentos, envolvimento de todas as partes interessadas na resolução dos problemas, do surgimento de novos problemas, celeridade, cooperação, etc. Na senda de Cátia Marques Cebola et. al., os conflitos em causa envolvem, em larga medida, grupos de interessados muito distintos e multipartes, interligados os mais das vezes por relações de poder desequilibradas, representando quer interesses públicos, quer interesses de ordem privada, e envolvendo questões técnicas verdadeiramente complexas. Estas são algumas das razões que justificam a pertinência de uma intervenção ao nível de RAL, em detrimento de um recurso a tribunais judiciais que não estariam preparados para aceder e se adaptar a todas estas questões⁷⁰. No entanto, entende-se que, mesmo considerando a mediação como a via de acesso à resolução deste tipo de conflitos, é ainda necessário desenvolver a legislação portuguesa em vigor (Lei n.º 29/2013) no sentido de incorporar as particularidades afetas a esta problemática.

⁶⁸ Cebola, Cátia Marques, *Da admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística - experiências recentes, possibilidades futuras*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 25, Ano XIII, Tipografia Lousanense (pp. 68-69).

⁶⁹ Cebola, Cátia Marques, Lopes, Dulce, Vasconcelos, Lia, e Caser, Úrsula (2020), *Mediação ambiental - explorando a praticabilidade dos princípios da Lei n.º 29/2013*, em *Anuário do ADR LAB, Ano 2, 2019*, Universidade Nova de Lisboa (p.88).

⁷⁰ Cebola, Cátia Marques et.al., *op.cit.* (pp. 88-89).

Para melhor ilustrar o que se sugere, atente-se ao exemplo fornecido por Cátia Cebola *et. al.* :

Pense-se no exemplo da construção de uma barragem que certamente envolver, desde logo, a população das aldeias que ficarão inundadas, mas também o governo com interesses de cariz hidrográficos na obra, a autarquia da região que pretende gerar postos de trabalho, os ambientalistas preocupados com a proteção da natureza e, igualmente, toda a população do país interessada em ter água para períodos de seca e produção de energia elétrica com menores custos. Nesta situação conflitual, pode questionar-se como obter o consentimento de todos os interessados envolvidos e respeitar o princípio da voluntariedade do artigo 4.º da Lei n.º 29/2013. E como respeitar e fazer respeitar a confidencialidade durante uma mediação que envolva diferentes partes e, muitas vezes, até os meios de comunicação social? Será possível garantir a igualdade dos mediados provenientes de distintos setores e representando diferentes interesses? E qual o valor de um acordo de mediação em contexto ambiental e territorial? (CÁTIA MARQUES CEBOLA *ET. AL.*, 2020)⁷¹

Desta forma, muito embora se reconheça a figura da mediação como a mais indicada neste panorama, a verdade é que é ainda possível uma evolução ao nível do direito aplicável, nomeadamente, no que diz respeito à articulação entre os princípios que norteiam a mediação e as necessidades que as especificidades deste contexto exigem. No entanto, é de reconhecer que esta é uma via com “successful options for settling many environmental disputes”⁷².

No que diz respeito aos conflitos de consumo, a RAL, sobretudo por via da arbitragem, tem sido de uma enorme importância. Há uma grande rede de arbitragem do consumo estabelecida em Portugal, com diversas entidades protocoladas e organismos associados, com vista ao apoio do consumidor em situação de conflito de consumo. A Rede de Arbitragem de Consumo em Portugal, criada pela Lei n.º 144/2015 de 8 de setembro, integra centros de arbitragem aprovados pelo Ministério da Justiça e coordenada/supervisionada pela Direção Geral do Consumidor e pela Direção Geral da

⁷¹ Cebola, Cátia Marques *et.al.*, *op.cit.* (pp. 90).

⁷² Bingham, Gail (1986), *Resolving Environmental Disputes- A Decade of Experience*, The Conservation Foundation (p. 167).

Política da Justiça. No que concerne ao recurso aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, estes encontram-se habilitados a prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem, funcionando de forma tendencialmente gratuita. Os conflitos de consumo relativos a serviços públicos essenciais encontram-se sujeitos a arbitragem necessária se for essa a opção expressa da pessoa singular envolvida no conflito (artigo 15.º da Lei 23/96, de 26 de julho).

Várias são as razões de litígio a este nível, mas, muitas das vezes, prendem-se essencialmente com as comunicações eletrónicas, perante quebra de pedidos de fidelização, por prestação defeituosa do serviço, faturação injustificada, falta de informação essencial aquando da contratação do serviço. O recurso a meios de RAL no âmbito deste tipo de conflitos revela-se de extrema importância, dada a celeridade com que os mesmos são tratados em média neste tipo de meios. Além de, como referido, ser tendencialmente gratuito, permite que os direitos da parte prejudicada sejam efetivados em tempo útil e de forma eficaz. Além disso, há uma consequência ao nível da adoção de condutas abusivas por parte das empresas prestadoras de serviços - a sua diminuição⁷³.

Já relativamente à resolução de *cross-border disputes*, afigura-se pertinente, primeiramente, esclarecer este conceito. As *cross-border disputes* dizem respeito, nada mais nada menos, a litígios de carácter transfronteiriço, isto é, que envolvem conflitos plurilocalizados. A Diretiva 2008/52/CE, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, refere-se aos conflitos de natureza transfronteiriça:

(10) A presente directiva deverá aplicar-se aos processos em que duas ou mais partes num litígio transfronteiriço procurem voluntariamente chegar a um acordo amigável sobre a resolução do seu litígio, com a assistência de um mediador. A presente directiva deverá ser aplicável em matéria civil e comercial. Todavia, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho.

⁷³ vide Podcast ANACOM sobre resolução alternativa de litígios, à conversa com Pedro Pires de Sousa, Diretor do TRIAVE - Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, de 6 de junho de 2022, disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1723148>.

Além disso, refere-se em específico à mediação da seguinte forma:

(06) A mediação pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes. É mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes. Estas vantagens tornam-se ainda mais evidentes em situações que apresentam aspectos transfronteiriços.

E ainda:

(19) A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Os Estados-Membros só deram poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for contrário ao direito interno, incluindo o direito internacional privado ou se o seu direito não prever o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório.

O que parece ser a orientação dos cidadãos, nomeadamente na União Europeia, é a de que a solução de conflitos transfronteiriços deve ter como meio prioritário de intervenção um tal que permita uma abordagem mais amigável e alternativa a um processo judicial⁷⁴, tendo a mediação um papel fulcral e muito próximo do pretendido por referência a este propósito.

⁷⁴ Sustac, Zeno Daniel, Walker, Jamie, Ignat, Claudiu, Ciuca, Anca Elisabeta, e Lungu, Sanda Elena, *Overview on the Mediation in Cross-Border Conflicts - Sources and Application Areas*, disponível em <https://mediate.com/overview-on-the-mediation-in-cross-border-conflicts-sources-and-application-areas/>.

3. AS VANTAGENS E AS LIMITAÇÕES DE UM RECURSO À RAL

Os contributos da RAL para o Direito e o acesso à justiça são vários e já, inclusive, manifestados indiretamente ao longo desta abordagem ao tema. Ao aproximarmo-nos do final desta análise, importa agora refletir sobre as vantagens e as limitações de um efetivo recurso à RAL.

O excesso de processos a dar entrada nos tribunais não é novidade e ainda hoje se verifica. Na verdade, as estatísticas judiciais do ano corrente apontam para um aumento do número de processos a dar entrada no Tribunal de Justiça e no Tribunal Geral da União Europeia:

Com efeito, pode constatar-se um aumento significativo e estrutural do número de processos entrados nos últimos cinco anos, em especial no Tribunal de Justiça (+21 %) ⁷⁵.

Ao nível de vantagens, como já mencionado anteriormente, os meios de RAL beneficiam do facto de, a maior parte das vezes, serem extremamente flexíveis e adaptáveis às exigências do litígios e às necessidades das partes. Tal permite uma intervenção muito maior destas ao longo do processo e, com isso, o entendimento dos vários interesses em jogo durante o litígio. Os custos e a celeridade dos processos de RAL são fatores determinantes na escolha destes meios para a resolução de conflitos. Além disto, também existe uma maior consideração pelos assuntos que as partes possam considerar relevantes para serem discutidos e que, em âmbito judicial, não o seriam. Também há uma maior preocupação com a proteção de interesses futuros, como a manutenção de relações ⁷⁶. Mais ainda, esta pode ser uma via para novas soluções ao nível de novos desafios do direito resultantes da nova complexidade social, como sejam, os conflitos de consumo, as *online disputes*, as *cross-border disputes* e os conflitos socioambientais, por exemplo.

No que diz respeito às limitações dos meios de resolução alternativa de litígios, permanecendo na senda de Susan H. Blake, por vezes, a solução para o conflito apenas pode ser obtida por via de uma ordem judicial que os meios de RAL simplesmente não podem

⁷⁵ Comunicado de Imprensa n.º 42/23, Luxemburgo, 3 de março de 2023, Direção da Comunicação Unidade Imprensa e Informação, sob o título *Estatísticas Judiciais 2023: um contencioso marcado pelos grandes desafios do mundo contemporâneo (Estado de direito, ambiente, proteção da vida privada na era digital, etc.) e pelas medidas restritivas adotadas pela União Europeia no âmbito da guerra na Ucrânia*.

⁷⁶ Blake, Susan H. (2016), *op. cit.* (pp. 21-22).

fornecer, por via da sua natureza. Determinados tipos de conflitos, quer por força da sua complexidade, quer por animosidades demasiado escaladas entre as partes, não são adequados a serem resolvidos por este tipo de vias, nomeadamente, porque o cumprimento da decisão, quando advinda de um meio de RAL, afigura-se muito menos provável de ser levado a termo, colocando-se questões ao nível da sua execução⁷⁷.

Assim sendo, é expectável que seja realizada uma análise do caso concreto, dos interesses envolvidos na contenda, da relação entre as partes e do que se pretende dali obter. O meio de ADR escolhido deve esclarecer as partes e questionar-se sobre se consiste ou não no adequado meio para auxiliar aquele caso em particular.

⁷⁷ Blake, Susan H. (2016), *op.cit.* (pp. 24-27).

CONCLUSÃO

Iniciamos esta dissertação com a convicção de que Homem e Sistema Jurídico são companheiros silenciosos de viagem na vida societária, em que, perante disputas no seio da mesma, o silêncio dá lugar à certeza da existência de um aliado nesses tempos turbulentos.

No entanto, a visão de que o Direito é um aliado perante um conflito deteriorou-se ao longo dos anos. Não quer dizer que este não o seja, como se afirmou. Quer isto dizer que, por força da *crise da justiça*, da *crise do Estado de Direito* e da descrença dos cidadãos no sistema, há falta de confiança a este nível. O cidadão comum enfrenta dificuldades em conceber o sistema nessa óptica.

Na senda de Álvaro Laborinho Lúcio, uma das causas dos problemas que se enfrentam nesta crise diz respeito à burocracia no sistema, contribuindo para o afastamento daquela que deveria ser a sua figura central - o cidadão:

Mercê de uma visão puramente formal do positivismo legalista, a uma cultura concreta da vida sucedeu uma cultura abstracta e dogmática; aos interesses próprios do cidadão, opôs-se um conceito normativo de instituição e de sistema. Como consequência assistiu-se ao triunfo da burocracia como valor, o próprio sistema de justiça elevou-se à categoria de instituição, passando a ser olhado como fim em si mesmo. Do ponto de vista ideológico, é uma cultura burocrática, normativa e conceptual que vem privilegiar a instituição, colocando-a no centro e deixando na periferia o cidadão como elemento exterior e não implicante na concepção do sistema e na definição da sua funcionalidade (ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, 2000)⁷⁸.

Nesta realidade fragmentada, os meios de Resolução Alternativa de Litígios, como exploramos, encontraram terreno fértil para o seu desenvolvimento e estabelecimento nas ordens jurídicas do mundo. O futuro do Direito está intrinsecamente ligado a novas formas de resolver a litigiosidade e a complexidade exigente do mundo atual, algo que passa também

⁷⁸ Lúcio, Álvaro Laborinho, *Justiça da Responsabilidade da Crise à Crise da Responsabilidade*, em Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.ª Ed., Publicações Dom Quixote (p.32).

pela utilização destes meios de RAL, colhendo os seus contributos e procurando desenvolver os institutos jurídicos por ela apresentados.

Esta jornada iniciou-se com uma análise do sistema jurídico em vigor em Portugal, após estabelecido um breve enquadramento quanto à relação do recurso à RAL e o acesso à justiça. Analisamos as figuras proeminentes da RAL em Portugal. De seguida, partimos para uma breve reflexão de direito comparado a propósito da figura da mediação à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense. Por fim, concluímos o nosso percurso refletindo sobre os contributos oriundos da utilização de RAL para a solução de diversos tipos de conflitualidade e sobre as vantagens e desvantagens do recurso a este tipo de métodos.

Finda esta reflexão, resta aguardar por novos desenvolvimentos legislativos na área, em aperfeiçoamento dos mecanismos existentes, maior especialização em matérias que assim o exigem. A RAL ainda tem um longo percurso pela frente, mas é inegável e notório o que já percorreu até aqui. O caminho faz-se realmente caminhando e encontra-se em constante mutação.

Porém, como indica Cardona Ferreira, deve ser considerado o seguinte:

Os chamados meios alternativos de resolução de conflitos não podem ser construídos, utilizados, vistos como adversários dos sistemas comuns de Justiça que serão, sempre, o núcleo, a essência, a maior abrangência dos sistemas de Justiça, designadamente, o judicial que é o mais próximo, o mais utilizado e o mais relevante para o cidadão comum. Seria erradíssimo utilizar-se a diferença dos sistemas incomuns como concorrentes ou essencialmente divergentes dos sistemas comuns. Todos têm o seu lugar, a sua razão de ser, e todos devem respeitar-se uns aos outros e à matriz que os irmana: a Justiça (CARDONA FERREIRA, 2009)⁷⁹.

⁷⁹ Ferreira, J.O. Cardona (2009), *O Direito Fundamental à Justiça, Um Novo Paradigma de Justiça?*, Revista JULGAR, n.º 7, (p.56).

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Carlos Ferreira de, e Carvalho, Jorge Morais (2013), *Introdução ao Direito Comparado*, 3.^a Ed., Edições Almedina S.A.

Aristóteles e H. Rackham (1944), *Aristotle in 23 Volumes. Translated by H. Rackham. Vol. 21*, Cambridge, MA: Harvard University Press, London: William Heinemann Ltd.

Barreto, António (2000), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, 1.^a Ed., Publicações Dom Quixote:

Caupers, João, *A «Crise» da Justiça*

Cluny, António, *Uma Justiça Dúctil Para Um País Normal*

Lúcio, Álvaro Laborinho, *Justiça da Responsabilidade da Crise à Crise da Responsabilidade*

Santos, António Almeida, *Sobre a Crise da Justiça*

Simões, António Almeida, *O Distanciamento Brechtiano na Justiça*

Barrett, Jerome T. e Barrett, Joseph P. (2004), *A History of Alternative Dispute Resolution - The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, 1.^a Ed., Jossey-Bass

Beardsley, Kyle (2011), *The Mediation Dilemma*, Cornell University Press

Blake, Susan Heather (2016), *The Jackson ADR handbook*, 2.^a Ed., Oxford University Press

Brown, Henry J. e Marriott, Arthur L. (2011), *ADR Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell

Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 4.º Ed. Revista, Coimbra Editora

_____, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4.^a Ed., Coimbra Editora

Bingham, Gail (1986), *Resolving Environmental Disputes- A Decade of Experience*, The Conservation Foundation

Carvalho, Morais Jorge, Pinto-Ferreira, João Pedro e Carvalho, Joana Campos (2019), *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Reimpressão, Edições Almedina S.A.

Cebola, Cátia Marques, *Da admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística - experiências recentes, possibilidades futuras*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 25, Ano XIII, Tipografia Lousanense

Cebola, Cátia Marques, Lopes, Dulce, Vasconcelos, Lia, e Caser, Úrsula (2020), *Mediação ambiental - explorando a praticabilidade dos princípios da Lei n.º 29/2013*, em *Anuário do ADR LAB, Ano 2, 2019*, Universidade Nova de Lisboa

Comunicado de Imprensa n.º 42/23, Luxemburgo, 3 de março de 2023, Direção da Comunicação Unidade Imprensa e Informação, sob o título Estatísticas Judiciárias 2023: um contencioso marcado pelos grandes desafios do mundo contemporâneo (Estado de direito, ambiente, proteção da vida privada na era digital, etc.) e pelas medidas restritivas adotadas pela União Europeia no âmbito da guerra na Ucrânia.

Dias, Jorge de Figueiredo (2003), *III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Universidade de Coimbra

Duarte, Rui Pinto (2006), *Uma Introdução ao Direito Comparado*, Separata da Revista O Direito - Ano 138.º, IV, Almedina

Ferreira, Jaime Octávio Cardona (2019), *Julgados de Paz, Organização, Competência e Funcionamento (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da lei n.º 54/2013, de 31.07)*, 4.ª Ed. Revista e atualizada, Edições Almedina, S.A.

(2009), *O Direito Fundamental à Justiça, Um Novo Paradigma de Justiça?*, Revista JULGAR, n.º 7

Frade, Catarina (2003), *A Resolução Alternativa de Litígios e o Acesso à Justiça: A Mediação do Sobreendividamento*, Revista Crítica de Ciências Sociais

Freitas, José Lebre de, *A Ação Executiva, à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Ed., GESTLEGAL

Gouveia, Mariana França (2018), *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Ed., Edições Almedina, S.A.

Henriques, Duarte Gorjão (2013), *A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 1958 na Jurisprudência Portuguesa*, disponível em https://www.arbitragem.pt/xms/files/Estudos_da_APA/convencao-nova-iorque-1958-duarte-gorjao-henriques.pdf

Jerónimo, Patrícia (2015), *Lições de Direito Comparado*, 1.ª Ed., ELSA UMINHO

Manual de Legislação Europeia sobre o Acesso à Justiça (2016), disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_POR

Marques, Mário Reis (2012), *Introdução ao Direito, Volume I*, 2.ª Ed., Edições Almedina, S.A.

Menkel-Meadow, Carrie (2005), *Roots and Inspirations*, em *The Handbook of Dispute Resolution*, 1.ª Ed., Jossey-Bass

Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton (2003), *Como Conduzir uma Negociação?*

Roosevelt, T. (1924), *The strenuous life: essays and addresses*, Adegí Graphics LLC.

Sanchez, Valerie A. (1996), *Towards a History of ADR: The Dispute Processing Continuum in Anglo-Saxon England and Today*, Vol. 11, Ohio State Journal on Dispute Resolution

Silva, Paula Costa (2009), *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora

Silva, Suzana Tavares da (2016), *Direito Constitucional I*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Stone, Katherine Van Wezel (2000), *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foundation Press

Sustac, Zeno Daniel, Walker, Jamie, Ignat, Claudiu, Ciuca, Anca Elisabeta, e Lungu, Sanda Elena, Overview on the Mediation in Cross-Border Conflicts - Sources and Application Areas, disponível em <https://mediate.com/overview-on-the-mediation-in-cross-border-conflicts-sources-and-application-areas/>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de dia 30 de novembro de 2022, Processo n.º 134/21.8T8GMR.G1.S1, 6.ª Secção, Relator António Barateiro Martins.

Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 230/2013, de 24 de abril.

Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 781/2013, de 20 de novembro.

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 24 de maio de 2007, Processo n.º 07B881

