

Arbitragem no turismo: uma oportunidade de lucro?

JOÃO ALMEIDA VIDAL, JOÃO ALBINO SILVA & GUILHERME CASTELA *

Sumário: 1. Introdução. 2. Arbitragem. 2.1. O conceito de arbitragem. 2.1.1. A convenção de arbitragem. 2.1.2. O compromisso arbitral e a cláusula compromissória. 2.1.3. O problema dos negócios unilaterais. 2.1.4. Arbitragem institucionalizada e arbitragem ad hoc. 2.1.5. A natureza jurídica da arbitragem. 2.1.6. Arbitragem interna. 2.1.7. Arbitragem internacional. 2.1.8. A arbitragem e a composição amigável de litígios. 2.1.9. O procedimento arbitral. 2.2. A arbitragem em Portugal. 2.3. A arbitragem no direito comparado. 2.3.1. A Lei Modelo da UNCITRAL. 2.3.2. A arbitragem no mundo. 2.3.3. Direito transnacional da arbitragem. 2.4. Os principais centros de arbitragem internacional. 2.5. Vantagens e desvantagens da arbitragem. 2.6. A arbitragem e as novas tecnologias. 3. A arbitragem como fator de competitividade das empresas. 3.1. Reflexões sobre estratégia organizacional. 3.2. O enfoque baseado na diferenciação. 3.3. O desempenho económico e a vantagem competitiva. 4. Análise estatística. 4.1. Resultados obtidos. 5. Conclusões.

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 81-121.

* JAV: Professor Auxiliar Convidado do ISMAT e da Universidade do Algarve; Doutorado em Direito; Doutorado em Turismo; Advogado. JAS: Professor Catedrático da Faculdade de Economia da Universidade do Algarve. GC: Professor Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade do Algarve.

1. Introdução

O turismo, designadamente o turismo internacional, enquanto atividade humana que pressupõe a deslocalização temporária do sujeito, põe em confronto, mais do que muitas outras, diferentes e distintos ordenamentos jurídicos. Tal facto determina que, em situação de litígio, duas ou mais ordens jurídicas possam ser, ou efetivamente sejam, chamadas a resolver o problema, com os consequentes problemas de articulação daí advenientes. Tais problemas, de tão inultrapassáveis, têm as mais das vezes a consequência de negar ao lesado, na prática, o ressarcimento dos seus danos. Para obviar a este problema tem-se incrementado e incentivado o recurso a processos alternativos de resolução de litígios, de entre os quais a arbitragem assume especial importância. A arbitragem não é mais do que o recurso a um conjunto de árbitros que atuam na qualidade de juizes de um determinado caso concreto, promovendo todas as diligências que entenderem convenientes com vista a uma justa solução do litígio que lhes foi apresentado. Enquanto meio alternativo de resolução de litígios, a arbitragem implica voluntariedade. Tal significa que só nos casos em que as partes numa relação jurídica tenham acordado o recurso à arbitragem tal mecanismo é possível. Por outras palavras, a arbitragem não é um meio de resolução de litígios que alguém possa impor, unilateralmente, a outrem que a tal não tenha dado o seu consentimento. Existem já casos de arbitragem necessária e até obrigatória na arbitragem interna, mas não na arbitragem internacional, pelo que não os consideraremos.

Os operadores turísticos, as agências de viagem e os hotéis, entre outros *stakeholders*, celebram negócios jurídicos entre si e com os seus clientes. O seu objetivo, enquanto negócio, é e será sempre a maximização do lucro, o que está em relação de direta proporcionalidade com o volume de negócios que forem capazes de gerar. Na perspetiva do negócio pareceu-nos, pois, relevante aferir se, e em que medida, no caso afirmativo, a sujeição prévia e voluntária a um sistema de arbitragem internacional para resolução de litígios influencia a capacidade de gerar riqueza de uma determinada empresa turística, uma vez que a arbitragem permite às partes adequar o processo às particularidades das suas relações comerciais e assegurar uma rápida resolução do litígio. O objetivo principal deste artigo é, pois, analisar o procedimento de arbitragem, sobretudo a internacional, e, ao mesmo tempo, avaliar o efeito para as empresas turísticas do recurso a métodos alternativos de composição de litígios. Esta avaliação deverá contribuir para o esclarecimento sobre se existe, ou não, uma vantagem competitiva para as empresas que adotem este tipo de mecanismo de resolução de litígios.

Como veremos no final do artigo, comprovaremos que existe uma relação direta e estatisticamente relevante entre o desempenho e competitividade de uma empresa turística e o facto de se ter sujeitado ou não a um esquema mais ou menos

institucionalizado de arbitragem internacional.

2. Arbitragem

A arbitragem é detentora de uma história que a engrandece. As referências à arbitragem começam na Grécia antiga, o que bem ilustra a antiguidade do tema no mundo jurídico. Muitas das ciências hoje existentes estavam a séculos de ser inventadas e já se discutiam no direito temas que continuam a ser atuais. Desde a *Ilíada*, de Homero, onde muitos identificam referências a meios de composição de litígios próximos da arbitragem, até aos filósofos Platão e Aristóteles, que expressamente abordam o tema, muitos foram os que se lhe referiram. É comumente aceite que as raízes da arbitragem, na aceção que hoje ainda utilizamos e como instrumento jurídico dotado de autonomia, se encontram no Direito Romano.¹ Na sua génese, o poder de arbitrar um conflito começou por ser atribuído ao *paterfamilias*, evoluindo depois para a designação de um árbitro externo. A distinção já presente no Direito Romano entre *arbitrium in viri* e *arbitrium ex compromisso* corresponde, nos dias de hoje, à distinção entre a arbitragem jurisdicional (a que essencialmente nos ocupa neste artigo) e a arbitragem contratual, desprovida de coercibilidade própria e direta.

A Igreja Católica, ao contrário do que poderia pensar-se, atenta a necessidade de controlo das decisões que normalmente a existência de dogmas exige, mostrou-se sempre, historicamente, favorável à arbitragem. A própria Bíblia se refere à arbitragem no velho testamento,² o que bem demonstra a importância do tema para o mundo cristão. A arbitragem aparece múltiplas vezes em escritos eclesiais como forma alternativa aos tribunais da própria igreja,³ e vários papas incentivaram o recurso à arbitragem como forma privilegiada de pacificação dos povos. Uma particularidade de relevo é o facto da Igreja ter chegado a utilizar e incentivar a prática arbitral até em matéria criminal, nas raras experiências desta ordem que o mundo conheceu, uma vez que os Estados são particularmente ciosos das suas competências em matéria do foro criminal, não aceitando que privados os possam substituir. O papel da Igreja Católica na arbitragem foi importante especialmente na Idade Média, favorecendo soluções pacíficas de litígios entre fronteiras e também nas questões privadas. O Papa, árbitro supremo, incentiva a utilização de meios alternativos de resolução de litígios, por natureza mais pacificadores. As penas aplicadas pelos tribunais arbitrais de então incluíam as designadas penas religiosas, tais como a excomunhão ou a suspensão do ofício da missa numa determinada localidade.

¹ Lera, S. G., *El Ambito de Aplicación del Arbitraje*, Aranzadi, 1998.

² Barrocas, M. P., *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010.

³ Danvillier, J., *La Jurisdiction Arbitrale de l'Église dans le Décret de Gratien*, 1956.

2.1. O conceito de arbitragem

A arbitragem, em geral, consiste num meio de composição de litígios que se caracteriza pela atribuição da competência para julgá-los a uma ou mais pessoas, escolhidas pelas próprias partes ou por terceiros, cujas decisões têm a mesma eficácia das sentenças judiciais.⁴ A arbitragem constitui, pois, “*um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes*”.⁵ O conceito de arbitragem comporta três aspetos fundamentais, a saber: função jurisdicional, fonte de que resulta, e o reconhecimento legal das sentenças proferidas. A função jurisdicional resulta clara da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV),⁶ mais concretamente do seu artigo 42º. Sendo o ato jurisdicional aquele que resolve ou dirime um litígio, a sentença arbitral, na medida em que resolve efetivamente um litígio, desempenha uma importante função jurisdicional, a par dos tribunais judiciais, aqui no sentido de tribunais vinculados ao Estado e que, em seu nome, administram a justiça. A arbitragem, enquanto conceito genérico, aparece no mundo jurídico (e não só) por referência a um conjunto relativamente extenso de atividades e sentidos. Importa, pois, e por isso, delimitar que arbitragem constitui o suporte do nosso estudo. Assim, a arbitragem que nos ocupa é a arbitragem voluntária e, dentro desta, a arbitragem comercial internacional. Por outras palavras, a que tem a ver com os negócios privados (ou, se quisermos, com a atividade económica privada), que nasce de uma auto vinculação do sujeito (não existe obrigação de submissão à arbitragem).

2.1.1. A convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é o acordo das partes em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem, em linha com o conceito adotado pela Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, no seu artigo 2º, n.º 1.⁷ Pode, pois, ter por objeto um litígio atual (compromisso arbitral) ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual

⁴ Cordeiro, A. M., *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015.

⁵ Barrocas, M. P., *ob. cit.*

⁶ Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

⁷ “*Cada Estado signatário deberá reconocer el acuerdo escrito por el cual las partes se comprometen a someter a arbitraje todas las divergencias que tengan surgido o que puedan surgir entre sí en que diz respeito a un relacionamiento jurídico definido, sea él contractual o no, con relación a una materia pasível de solución mediante arbitraje*”.

(cláusula compromissória).⁸ A convenção de arbitragem goza de autonomia em relação ao contrato onde seja inserida, se tiver sido esta a forma de a celebrar pelas partes. Estabelece-se no direito português, em linha com os restantes ordenamentos “*UNCITRAL*”, que a nulidade do contrato onde foi inserida a convenção de arbitragem não determina a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção. Bem se compreende este regime, que acautela ficarem as partes desprotegidas quanto à resolução do litígio emergente da própria nulidade do contrato que celebraram. Ou, noutra situação, quando o contrato não começou ainda a produzir efeitos, por lhe ter sido aposta uma condição suspensiva. Só podem celebrar-se convenções de arbitragem sobre direitos transacionáveis. Esta expressão substituiu, com felicidade, a anterior referência pela negativa a direitos indisponíveis, porquanto era já pacífico que havia direitos indisponíveis que podiam ser submetidos a arbitragem voluntária. Atualmente, se a posição jurídica das partes for suscetível de transação, o eventual litígio daí resultante é arbitrável.

2.1.2. O compromisso arbitral e a cláusula compromissória

O compromisso arbitral é a convenção (acordo) relativo a um litígio já existente, inclusive, nos tribunais do Estado. Com efeito, nada obsta a que as partes num processo judicial já em curso decidam e se vinculem reciprocamente a fazer decidir aquele litígio por um tribunal arbitral. A mais comum causa de celebração de compromissos arbitrais é a morosidade dos tribunais do Estado que atira as partes para a “necessidade” de recorrer a um tribunal arbitral, para acautelarem o efeito útil da decisão que vier a ser proferida. O compromisso arbitral deve constar de documento escrito assinado pelas partes.

A cláusula compromissória partilha a forma do compromisso arbitral, devendo ser acordada por escrito,⁹ seja integrada como parte de outro contrato, seja como acordo autónomo. A prática mostra que, normalmente, as cláusulas compromissórias são integradas no contrato cuja relação visam acautelar. Muito embora as virtualidades da arbitragem, há que ter algum cuidado na elaboração das cláusulas compromissórias. Referimo-nos a este especial cuidado aqui, e não logo no compromisso arbitral, porque este, porque versa sobre um litígio já existente, se apresenta mais imune às necessárias capacidades preditivas do autor da cláusula compromissória. Se no compromisso as partes já sabem o que as divide e, provavelmente até, os respetivos argumentos que apresentaram no litígio em curso, no momento da celebração da cláusula as partes estão ainda num momento contratualmente são e, quer por inércia, quer por desconheci-

⁸ Mimoso, M. J., *Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas Provisórias e Cautelares*, Quid Juris, 2009.

⁹ Esta exigência da forma escrita aparece já na Convenção de Nova Iorque de 1958.

mento, estão menos alerta para os perigos decorrentes do contrato que estão a celebrar. A este propósito, dir-se-á que não basta às partes, em relações jurídicas mais complexas, determinar que os eventuais litígios serão resolvidos por arbitragem. Tal designação, de tão genérica, facilmente será portadora de múltiplas surpresas no momento em que o litígio se apresenta. Haverá, pois, que ter o cuidado de, devidamente assessoradas por profissionais do setor, de preferência com experiência em arbitragens, escolher e definir o modelo de arbitragem pretendido (se institucional, se *ad hoc*), qual o centro de arbitragem mais habilitado a tratar o problema em causa, se o tribunal funcionará com um ou três árbitros, etc.

2.1.3. O problema dos negócios unilaterais

Questão diversa é a de saber se num negócio jurídico unilateral pode ser aposta uma cláusula compromissória. A lei portuguesa, ao contrário da alemã, não refere expressamente esta possibilidade, mas, por interpretação sistemática da lei, não nos parece que a existência de tal possibilidade possa ser negada. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “*Se alguém pode dispor unilateralmente de um direito pode, a fortiori, determinar que as dúvidas derivadas dessa disposição sejam sujeitas a arbitragem*”.¹⁰ Tais considerações levam a que, no exemplo mais esclarecedor, o autor de uma herança possa, em testamento, fixar uma cláusula de arbitragem pela qual os eventuais litígios resultantes daquele instrumento, já depois da sua morte, sejam obrigatoriamente dirimidos num tribunal arbitral.

2.1.4. Arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*

Os aspetos mais instrumentais da arbitragem contratualizada podem, em concreto, ser cometidos a uma entidade que faça a gestão do procedimento. Assim, questões como a constituição do tribunal arbitral, o apoio logístico necessário ao desenvolvimento do processo, a gestão geral do processo, onde se inclui a realização das necessárias notificações, entre outras, pode ser confiado, logo na cláusula de arbitragem e por acordo, a um centro de arbitragem. Este centro de arbitragem não tem qualquer poder para decidir o litígio, uma vez que essa competência é sempre exclusiva dos árbitros, apenas facilitando o modo como os árbitros exercem a sua função julgadora. A este tipo de arbitragem chama-se “arbitragem institucional” ou “institucionalizada”. Ao contrário desta, a arbitragem dita *ad hoc* prossegue os mesmos fins da arbitragem institucional, mas não beneficia de qualquer apoio institucional. Todo o trabalho, desde logo na nomeação dos árbitros, recai sobre as partes e, no pior cenário, ou seja, em caso de impossibilidade de consensos logo na fase inicial da arbitragem, o litígio emer-

¹⁰ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

gente terá que ser decidido pelos tribunais judiciais, assim se perdendo boa parte das vantagens que se pretendiam alcançar com a introdução da cláusula de arbitragem. Nestes casos, todo o trabalho de organização e condução do processo é realizado pelos árbitros, o que pode pôr em causa a pretendida celeridade da decisão.

2.1.5. A natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem tem sido amplamente discutida, uma vez que a possibilidade de privados exercerem, na prática, funções jurisdicionais, levanta alguns problemas de conceptualização. A arbitragem pode ter, em teoria, duas naturezas: contratual, para os que defendem que a cláusula arbitral é a fonte da legitimidade do julgador; ou jurisdicional, para quem entenda a arbitragem como transferência do poder de julgar do Estado para o tribunal arbitral. Estamos em crer que, de acordo com a lei portuguesa, a arbitragem tem natureza jurisdicional em Portugal. Como bem sustenta Maria João Mimoso “*A decisão arbitral, quer se trate de arbitragem interna ou de arbitragem internacional, produz efeitos similares aos das decisões proferidas pelos juízes dos tribunais estaduais. Assim sendo, a sentença emitida pelo árbitro participa da jurisdicionalidade das decisões emitidas pelos juízes.*”¹¹

Diferente é a origem da arbitragem, necessariamente contratual, uma vez que as partes num contrato criam a jurisdição arbitral através do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória. Importa, desde já, referir que a arbitragem não esgota os mecanismos mais ou menos institucionalizados para dirimir litígios. Assim, especial atenção deverá ser dada à distinção da arbitragem desses outros meios, designadamente a mediação e a conciliação. E dentro da própria arbitragem pode-se distinguir, como já vimos, a arbitragem *ad hoc* (aplicar-se-ão as regras escolhidas pelas partes na convenção de arbitragem) da arbitragem institucional (o processo desenrolar-se-á no âmbito de uma instituição permanente de arbitragem). Os principais centros institucionalizados de arbitragem internacional funcionam em Paris (Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional), Londres (*London Court of International Arbitration*), Nova Iorque (*American Arbitration Association*) e Estocolmo (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), a que dedicaremos o subcapítulo 2.11.

Questão importante a dar resposta é ainda a da relação entre a indisponibilidade dos direitos e a arbitragem. Atrevemo-nos a dizer que esta será, porventura, a questão onde ainda se mantêm as maiores cisões entre os estudiosos da arbitragem. Poderá ser atribuído a um tribunal arbitral a decisão sobre direitos indisponíveis? Não vemos razão apriorística para negar esta possibilidade. O que

¹¹ Mimoso, M.J., *ob. cit.*

inviabilizará o recurso à arbitragem é a indisponibilidade ou proibição da jurisdição arbitral e não o facto de estarmos perante direitos indisponíveis. O direito à nacionalidade, embora disponível, está expressamente subtraído à arbitragem em Portugal e na generalidade dos países, pois nenhum Estado soberano aceita deixar nas mãos de árbitros, as mais das vezes estrangeiros, a decisão sobre quem é ou não seu nacional.

2.1.6. Arbitragem interna

A arbitragem interna é aquela que opera num determinado ordenamento jurídico, normalmente coincidente com o Estado/Nação. Aqui, a arbitragem substitui, de forma direta e regulamentada, os tribunais desse Estado, promovendo a celeridade das decisões. No domínio da arbitragem interna as questões são muito mais fáceis de equacionar e resolver, uma vez que estamos num só espaço jurídico. É dada às partes a possibilidade de se afastarem dos tribunais comuns, mas os árbitros normalmente aplicam o corpo legal em vigor nesse Estado, salvo os casos de decisões por equidade. A equidade é uma figura jurídica de razoável complexidade e que, por isso, se presta também a vários equívocos. A equidade é um critério formal de decisão de casos concretos e opõe-se, assim, à regra jurídica, critério material de decisão de casos concretos. Em termos práticos, e por referência ao ordenamento jurídico português, o decisor está vinculado à lei e às regras jurídicas nela contidas. A decisão segundo a equidade é apenas possível se, e quando, a regra jurídica assim o permitir. A equidade remete-nos, pois, para uma ideia de justiça do caso concreto, a decidir ponderadamente pelo juiz, mas apenas quando uma regra jurídica habilitadora o permitir. Esta limitação desaparece na arbitragem, porquanto as partes, de forma voluntária, podem aceitar submeter a resolução do seu eventual litígio a critérios de equidade e, desta forma, alcançarem o mais justo dos resultados possíveis para o litígio.

2.1.7. Arbitragem internacional

A arbitragem internacional, ou transnacional, como alguns autores preferem chamar-lhe,¹² é a que põe em jogo interesses do comércio internacional ou, noutra formulação, interesses de ordens jurídicas nacionais distintas. A arbitragem internacional terá, pois, por objeto litígios emergentes de operações económicas que envolvam a circulação de bens, serviços ou capitais através das fronteiras. Quando realizadas em Portugal, as arbitragens que se subsumam ao referido conceito ficam sujeitas ao regime especial instituído pelos artigos 49.º e

¹² Pinheiro, L. L., *Arbitragem Transnacional – A Determinação do estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005.

seguintes da LAV,¹³ no tocante à determinação do Direito aplicável, aos recursos e à admissibilidade da chamada composição amigável. Nas relações comerciais internacionais a arbitragem constitui hoje um modo fundamental de resolução de litígios (estima-se que cerca de 90% dos contratos de comércio internacional contêm convenções arbitrais), e nalguns setores de atividade, como a aviação civil, é mesmo o modo normal de resolução desses litígios. Este “sucesso” da arbitragem explica-se facilmente por diversos fatores, normalmente assumidos como as vantagens do recurso a uma forma alternativa de resolução de litígios.

2.1.8. A arbitragem e a composição amigável de litígios

A composição amigável não é uma figura distinta da arbitragem, mas um modo possível (e alternativo) de julgar o mérito da causa. Muito discutida na literatura tem sido a natureza jurídica da composição amigável, particularmente a sua delimitação (ou não) da decisão segundo juízos de equidade. Não é matéria fácil. Defendemos que a composição amigável não se confunde com a equidade que, sendo um critério formal de decisão de casos concretos, envolve “apenas” um juízo acerca da solução mais justa no caso concreto. No caso da arbitragem por composição amigável, o árbitro encontra-se, é certo, dispensado do dever de decidir segundo o direito constituído. Mas, além de possibilitar uma solução equitativa, a cláusula de composição amigável visa permitir que os árbitros recriem entre as partes, pela forma que entenderem mais conveniente, um clima pacífico e amistoso e, por isso, potenciador da continuação das suas relações comerciais. Luís de Lima Pinheiro, entendendo também que a composição amigável deverá ser distinguida da equidade, fala de uma equidade “forte” e “fraca” para distinguir os dois conceitos.¹⁴

2.1.9. O procedimento arbitral

Na arbitragem as partes num contrato têm, como já dissemos, grande liberdade de estabelecer, *a priori*, as regras pelas quais o processo arbitral se desenrolará. Mas o mais comum é as partes optarem por uma instituição internacional já existente, com o seu regulamento próprio, como é o caso dos tribunais arbitrais referidos no subcapítulo seguinte. De um modo geral, e com pequenas adaptações e flutuações, um procedimento arbitral comporta as seguintes fases:

- i. O processo inicia-se com um Pedido de Arbitragem (*request for arbitration*) apresentado pelo Requerente (*Claimant*) e dirigido ao Secretariado do Tribunal;

¹³ Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

¹⁴ Pinheiro, L.L., *ob. cit.*

- ii. O Requerido (*Respondent*), tal como o Requerente, é notificado da apresentação do Pedido de Arbitragem e da data em que ele foi apresentado. Essa é considerada a data, para todos os efeitos, do início da arbitragem;
- iii. O Secretariado solicitará às partes o pagamento do adiantamento para as custas da arbitragem conforme as tabelas em vigor;
- iv. No Pedido da Arbitragem, além de outros dados, o Requerente deve formular o pedido.
- v. Geralmente no prazo de 30 dias, a contar da notificação do pedido, o Requerido pode apresentar a sua contestação (*answer*), podendo igualmente apresentar reconvenção (*counterclaim*);
- vi. Os prazos da resposta e da réplica podem ser alargados pelo Tribunal, em função da dificuldade, em concreto, da questão;
- vii. No caso de uma parte se recusar ou se abster de participar na arbitragem em qualquer momento do processo arbitral, este prosseguirá os seus termos independentemente da recusa ou da abstenção.
- viii. O número de árbitros será um único ou três, conforme o que as partes tiverem acordado, devendo, neste último caso, cada parte nomear um árbitro e o terceiro será nomeado pelo tribunal.
- ix. Após, o Tribunal Arbitral convocará as partes para a elaboração e assinatura da Ata que incluirá, entre outras matérias, a identificação completa das partes, a fixação do lugar da sede do Tribunal Arbitral, um resumo do pedido e da defesa, e aspetos específicos relativos ao processo arbitral;
- x. O processo prosseguirá mediante a apresentação e a produção de provas, seguida da necessária discussão da causa;
- xi. O Tribunal Arbitral profere a sentença final, que notifica às partes.
- xii. Estas podem ainda solicitar ao Tribunal correções formais (erros de cálculo ou de escrita) ou ajuda na interpretação da sentença final;
- xiii. Não há recurso da sentença final, mas é admitida ação de anulação nos termos da lei de arbitragem da sede do Tribunal Arbitral se esta o permitir.

2.2. A arbitragem em Portugal

Em Portugal, só a partir do século XIII se pode falar com segurança de referências à arbitragem. Antes deste século, muito embora seja de supor que o Direito Romano e, posteriormente, o Código Visigótico, tenham tido aplicação em terras lusas, não se encontram evidências documentais desse facto. A partir do século XIII o panorama muda e a arbitragem passa a figurar nos principais atos legislativos de então. Nesta altura, e nos séculos que se seguiram, os árbitros eram chamados de alvidros e o instituto da arbitragem ganhou os contornos que ainda hoje se lhe identificam. A arbitragem está prevista nas mais importantes

reformas jurídicas da Idade Média,¹⁵ designadamente nas Ordenações Afonsinas,¹⁶ Manuelinas¹⁷ e Filipinas.¹⁸ Mas aparece igualmente prevista, com grande relevância, em diversos estatutos municipais, nos quais se dava aos árbitros os nomes de *avenidores* ou *convenidores*, que mais não eram do que juízes investidos pelas partes, numa clara assunção do princípio da subordinação à vontade das partes da intervenção de árbitros, herdado do Direito Romano e do Código Visigótico.

A Revolução Francesa desempenhou um papel de relevo na história da arbitragem, o que facilmente se compreende. Introduzindo um novo paradigma na relação de poder entre o cidadão e o Estado, abriu o caminho, que continuamos a trilhar, para um incremento das soluções auto-reguladas em detrimento das hétero-reguladas, como é o caso da administração da justiça pelos tribunais do Estado. Em Portugal, nesta senda, a arbitragem aparece expressamente prevista logo na primeira Constituição, em 1822, mantendo-se a previsão na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838, que lhe seguiu. A arbitragem foi levada tão longe, nesta fase da história portuguesa, que a constituição previa mesmo o direito dos particulares renunciarem ao direito ao recurso para os tribunais do Estado. A arbitragem aparece depois expressamente prevista no primeiro Código de Processo Civil português, de 1876, onde se pode ler, no seu artigo 44º, “*A todas as pessoas, que poderem livremente dispôr dos seus bens, é permitido fazer decidir por um ou mais árbitros da sua escolha as questões sobre que possa transigir-se, ainda que já estejam affectas aos tribunais ordinários*”.

Em 1939 foi aprovado um novo Código de Processo Civil que, em linha com as preocupações e orientações políticas da altura, restringiu o recurso à arbitragem, acorrentando-a aos tribunais de comarca. É uma solução que bem se compreende num momento histórico em que o Estado pretendia ter um controlo absoluto sobre as instituições e sobre os cidadãos. Finalmente, com o desenvolvimento económico dos anos 70 do século XX, com o aparecimento de novos modelos políticos, necessariamente mais democráticos, aliado ainda à intensificação das relações internacionais, a arbitragem desenvolveu-se naturalmente. Ainda no caso português, esse desenvolvimento deu-se com as Leis de 1984 (Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho), 1986 (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto) e, mais recentemente, de 2011 (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro). A Lei de 1986 teve

¹⁵ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

¹⁶ De onde consta uma lei de D. Dinis relativa aos juízes alvidros, fixando diversas regras arbitrais.

¹⁷ Mantiveram a regulação Afonsina.

¹⁸ Previam o recurso a juízes árbitros, fixavam regras para a arbitragem e até especificavam que era admissível um nível de recurso.

como grande novidade a referência expressa à arbitragem internacional e vigorou por vinte e cinco anos até 2011, quando foi substituída pela atual. A Lei atualmente em vigor não veio acrescentar ou modificar grandemente o panorama da arbitragem portuguesa, razão que levou alguns autores a questionarem a sua efetiva necessidade, tais como Menezes Cordeiro.¹⁹

2.3. A arbitragem no direito comparado

O relevo do estudo do Direito comparado na arbitragem é seguramente mais importante do que noutras áreas da ciência jurídica. Por um lado, o relevo adquirido pelas arbitragens internacionais; por outro, o papel das fontes de Direito internacionais. No plano interno, como já vimos, nem sempre a arbitragem é pacificamente aceite pelos Estados, que receiam perder parte da sua soberania e poder, ao permitir que privados administrem a justiça. Ao invés, no plano internacional, a arbitragem assume-se, as mais das vezes, como a única solução por todos aceite, o que a transforma, virtualmente, na única possibilidade de alcançar uma composição de um litígio razoavelmente justa. Este movimento favorável à arbitragem internacional assume-se ainda, como bem frisa Menezes Cordeiro, como um elemento de “contágio” entre diversos ordenamentos jurídicos, porquanto estas arbitragens põem em contacto juristas de vários Estados, com as suas próprias culturas jurídicas, e que se veem na necessidade de gerar consensos e articulações jurídicas, de onde resultam novas visões para os problemas.

As fontes internacionais assumem também um papel significativo, porquanto procuram, com maior ou menor sucesso, harmonizar as diferentes sensibilidades jurídicas nacionais. De entre elas, há que destacar a Convenção de Nova Iorque (CNY) de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, a Convenção de Washington de 1965, sobre arbitragens de investimento e, ainda, a importante Lei Modelo da *UNCITRAL*, de 1985, alterada em 2006.

A influência destas fontes nos diversos Estados foi avassaladora. Desde logo porque a CNY foi já ratificada por 157 países, o que bem atesta a sua penetração mundial. Também porque, na sua senda, os principais países adaptaram as suas leis internas para acolherem os seus princípios, como é o caso de Portugal, em que é clara a influência da CNY, como igualmente é clara a inspiração da Lei de 2011 na Lei Modelo da *UNCITRAL*. Igualmente relevante foi o surgimento de diversas instituições privadas de arbitragem institucional, tais como a Câmara de Comércio Internacional de Paris.

¹⁹ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

2.3.1. A Lei Modelo da *UNCITRAL*

A *CNUDCI* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) ou *UNCITRAL* (*United Nations Commission on International Trade Law*), como é mais conhecida, é uma agência das Nações Unidas especializada no direito comercial internacional, que nasceu em 17 de Dezembro de 1966 com o objetivo confesso de reduzir as disparidades entre os diversos ordenamentos jurídicos comerciais. Estas disparidades foram sempre vistas como obstáculos às trocas internacionais, pelo que interessava minimizar o seu impacto. Como veremos, este problema afeta sobremaneira o turismo, mormente o internacional, que põe em confronto diversos estados e diversos ordenamentos jurídicos. A Lei Modelo sobre arbitragem internacional, aprovada pela *UNCITRAL*, terá sido, porventura, o instrumento jurídico mais relevante da história desta agência, a par das regras de arbitragem conhecidas por “regras da *UNCITRAL*”, que são expressamente aplicadas em múltiplos tribunais arbitrais institucionais pelo mundo. Esta Lei Modelo, como o nome indica, teve por objetivo “inspirar” os diversos países no momento da criação das suas próprias leis de arbitragem (Schütze, 2012), o que tem vindo a acontecer a uma velocidade acelerada. A Lei portuguesa de 2011 é disso um claro exemplo, tendo muitas vezes traduzido os artigos constantes da Lei Modelo. Muito embora as regras de direito arbitral internacional tenham um carácter transnacional, a verdade é que as normas que lhes dão conteúdo provêm, normalmente, das fontes estaduais nacionais.

2.3.2. A arbitragem no mundo

A França assumiu-se como um dos grandes impulsionadores da arbitragem a nível internacional (Barrocas, 2010). No entanto, nem sempre foi assim. Também ali, num movimento em tudo coerente com o que identificámos supra para Portugal, a arbitragem conheceu diversos momentos e diversas aceitações. Na Idade Média, a arbitragem teve um papel de alguma relevância na França, em especial nas disputas entre os reis e os nobres. O próprio poder real não se mostrava avesso à arbitragem e chegou mesmo a prever casos de arbitragem obrigatória no *Ordonnance* de 1673. A abertura à arbitragem intensificou-se no período revolucionário saído da Revolução 1789, com a arbitragem a surgir até, no entender de alguns,²⁰ com consagração constitucional. Napoleão veio restringir o uso da arbitragem, impondo às partes, no Código de Processo Civil francês de 1806, normas restritivas relativamente ao uso da arbitragem que, na prática, a inviabilizavam. Exceção a esta prática ocorria nas arbitragens comerciais, onde o Código do Comércio francês de 1807 continuou a instituir uma arbitragem obrigatória para certas questões societárias, por exemplo para litígios entre

²⁰ Cfr. Nouel, G. L., *Le Droit Français de l'Arbitrage*, 1983 e Fumichon, B. L., *La Passion de la République Française pour l'Arbitrage*, 2014.

sócios de uma sociedade. A abertura definitiva à arbitragem aconteceu já na segunda metade do século XX, em especial com as leis de 1980 e 1981. Foi a reforma do processo civil de 1981 que consagrou pela primeira vez em França normas específicas e expressas reguladoras da arbitragem internacional, como igualmente desbravou os caminhos da autonomização da convenção de arbitragem em relação às regras utilizadas para os conflitos de leis, abrindo a porta ao poder hoje unanimemente reconhecido aos árbitros de escolherem o quadro normativo mais adequado à decisão da causa. A lei francesa, distinguindo entre arbitragem interna e arbitragem internacional, equipara a decisão de um tribunal arbitral com sede fora de França à decisão de um tribunal arbitral francês que decida interesses do comércio internacional. Em 2001, a arbitragem francesa recebeu as influências da Lei Modelo da UNCITRAL, adaptando muitas das suas disposições a este novo modelo, em linha com o que fizeram muitos Estados à sua volta.

O Direito inglês teve tudo para, historicamente, assumir a liderança dos desenvolvimentos da arbitragem. A relativa hegemonia marítima dos britânicos no final da Idade Média determinou que Londres se tornasse o entreposto comercial de maior relevo na cena do comércio internacional, o que favorecia a decisão por arbitragem dos litígios que ali ocorressem. No entanto, a arbitragem tendia a ganhar uma natureza de *common law*, tão querida aos britânicos, mas que inviabilizava a sua utilização por não britânicos, desconhecedores daquela realidade. A primeira lei britânica de arbitragem apareceu em 1889 (*Arbitration Act*) e vigorou, com sucessivas alterações, até 1996, data em que se aprovou um novo *Arbitration Act*, que bebeu alguma da sua inspiração na Lei Modelo da UNCITRAL, embora com acentuadas particularidades (Kerr, 2001; Ajibola, 2001). Muito embora de cariz muito diferente das conceções europeias continentais, a técnica processual britânica, complementada com o *aport* norte americano, tem exercido um enorme fascínio na arbitragem internacional, como bem refere Menezes Cordeiro.²¹ A própria lei portuguesa absorveu alguns dos preceitos da lei inglesa.

A Espanha, até por razões de ordem geográfica lógicas, deveria ter uma ligação forte e sólida a Portugal, no que ao mundo jurídico diz respeito. No entanto, tal nunca aconteceu. Há mesmo matérias em que os dois países andam de costas absolutamente voltadas, talvez pela forte proximidade do direito português ao direito alemão. Tal como em Portugal, a arbitragem em Espanha tem claras raízes romanas. Já na Idade Média a arbitragem tinha um papel relevante na Espanha, com os designados *judgadores de albedrio*. A Lei de arbitragem atualmente em vigor, de 2003, com uma importante alteração em 2011, aproximou o direito de arbitragem espanhol da Lei Modelo da UNCITRAL, tal como a lei

²¹ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

portuguesa de 2011 o fez. Tal facto, que determina a existência, hoje, de modelos de arbitragem muito próximos entre os dois países, a acrescer ao facto das relações comerciais internacionais de Portugal serem, em larga escala, com a vizinha Espanha, devia fazer nascer o interesse, em ambos os países, de conhecer as experiências respetivas, com evidentes ganhos para ambos.

O direito italiano merece sempre, quando se aborda qualquer temática jurídica, especial atenção. O domínio da arbitragem não é exceção, muito embora a lei italiana não tenha dedicado, historicamente, grande importância à arbitragem. A pouca abertura do direito italiano à arbitragem abriu o caminho à criação, neste país, de um esquema de arbitragem privada à margem da lei, que se designou de *arbitrato irrituale*, por oposição à arbitragem ritual, que seria aquela que veio a ser consagrada na lei. A arbitragem foi assim construída na Itália com um cariz marcadamente privado e contratual, ao contrário da maioria dos restantes países, onde tem uma raiz igualmente jurisdicional. Do ponto de vista legal, a referência à arbitragem aparece, em primeiro lugar, no Código de processo italiano de 1865, muito embora se exigisse ao juiz do estado um decreto para conferir eficácia à sentença arbitral. Embora este juiz se limitasse a aceitar ou recusar aquela decisão, este sistema constituía uma forte restrição ao desenvolvimento da arbitragem ritual, porquanto as partes viviam na incerteza da utilidade da decisão arbitral até ao momento em que o juiz do estado proferia a sua decisão. Com o panorama supra descrito, é fácil antever que o debate em torno da arbitragem na Itália foi sempre tenso e intenso. Alguns autores chegaram mesmo a qualificar a arbitragem *irritual* de ilícita,²² porque não prevista na lei, enquanto outros admitiam a sua existência e vinculatividade. No entanto, e apesar das dificuldades teóricas, a arbitragem *irritual* veio a ser admitida pelo Estado italiano, construindo-se a sua natureza jurídica num contrato de transação, em que o teor definitivo dessa transação é deixado a um terceiro, o árbitro. Na atualidade, a tensão existente entre a arbitragem ritual e *irritual* deixou de fazer sentido, muito por efeito da lei da arbitragem aprovada em 2006. Esta lei consagra, sem margem para dúvidas, a natureza jurisdicional da arbitragem, em linha com os restantes países, veio esbater a diferença entre arbitragem interna e internacional, reconhecendo expressamente a arbitragem *irritual*, e veio ainda aproximar o direito italiano da Lei Modelo da UNCITRAL.

O espaço geográfico ocupado pela atual Alemanha sofreu sempre, na história, importantes tensões e divisões. Tal facto levou a que a arbitragem tenha tido sempre uma influência decisiva no país, como forma alternativa, e muitas vezes única, de gerar soluções. A falta de unidade política e a existência de ordenamentos jurídicos distintos dentro do mesmo país para isso concorreram e, no século XIX, era já possível detetar estruturas arbitrais permanentes em alguns

²² Canelutti, F., *Arbitri ed Arbitratori*, Revista de Processo Civil I, 1924.

dos estados que formam hoje o Estado alemão. O Código de Processo Civil alemão de 1877 previa já o processo de arbitragem, que de reforma em reforma tem vindo a ser completado e melhorado, estando em vigor atualmente a reforma de 1997. Esta reforma operou a receção, no direito alemão, da Lei Modelo da UNCITRAL e foi também claramente inspiradora do legislador português de 2011, que muitas vezes a seguiu de perto, o que tem uma enorme relevância para o trabalho interpretativo da lei portuguesa. Menezes Cordeiro vai mesmo ao ponto de afirmar que “*A jurisprudência alemã da arbitragem...antecipa muitas das questões que a nossa LAV pode colocar*”.²³

Os Estados Unidos da América são um país incontornável em matéria de arbitragem, seja pela importância da sua economia no mundo, seja pela atenção que desde sempre deram à arbitragem como meio de resolução de litígios. Com efeito, sendo um país muito recente por comparação com os estados europeus, os EUA fizeram incluir logo no tratado de 1794 assinado com a Grã-Bretanha, escassos anos após a independência, três comissões arbitrais, para dirimir questões que fossem colocadas pelo seu próprio processo revolucionário. A complexidade do sistema de organização política dos EUA, que determina a correspondente complexidade no campo jurídico, implica algumas distinções. No topo da (complexa) hierarquia legislativa norte americana temos o *Federal Arbitration Act*, de 1925, sucessivamente alterado, mas ainda em vigor. Este diploma legal teve por principal objetivo, plenamente atingido, ultrapassar alguns constrangimentos dos tribunais no que tocava a aceitar as decisões arbitrais e, atualmente, comporta o essencial das regras a aplicar nas arbitragens e ainda o regime das execuções das sentenças arbitrais. O *Federal Arbitration Act*, contudo, manteve sempre nos diversos Estados federados americanos um enorme poder de autorregulação na arbitragem, o que, mais recentemente, foi visto como um potencial entrave à harmonização de condutas e, indiretamente, à própria eficácia do processo arbitral. Neste contexto, nasceu o *Uniform Arbitration Act*, em 1995, cujo principal objetivo foi dotar os diversos estados federados norte americanos de um regime homogéneo relativamente às regras de arbitragem. A tentativa foi coroada de êxito e hoje está já adotado em diversos estados dos EUA. O direito norte americano é, nas palavras de Menezes Cordeiro, “dificilmente exportável”.²⁴ Com efeito, as práticas norte americanas, influenciadas na sua génese pela *Common Law* britânica, e depois desenvolvidas *in house*, podem colidir com a cultura europeia continental. No entanto, e nas palavras do mesmo autor, “...pela força económica das empresas estado-unidenses, pela capacidade e produtividade dos seus advogados e pela influência geral da cultura americana, as suas práticas processuais, ainda que num plano técnico, têm vindo a assolar as arbitragens internacionais e, daí, as próprias nacionais. Aí ocorrem

²³ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

²⁴ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

técnicas como as dos depoimentos escritos, as dos peritos-testemunhas, as da primazia do due process sobre a justiça das soluções, as das cross examinations, dos hearings e outras.” Os EUA têm sido pioneiros na admissão da arbitragem relativamente a certas matérias sensíveis, como as regras da concorrência ou as transações no mercado de capitais, e são ainda a sede de numerosos centros de arbitragem, sendo que o de maior relevância é o da *American Arbitration Association*.

A China é, hoje, um país incontornável na cena económica mundial. Representa a nação mais populosa do mundo, ergueu-se a segunda maior economia mundial, logo atrás dos EUA, tem relações económicas com todo o mundo e é também já hoje uma potência no turismo, seja emissor ou recetor. Importa, pois, ter algum conhecimento sobre o regime chinês da arbitragem. Se os EUA apresentam traços culturais diferentes da Europa continental, os chineses afastam-se em absoluto na nossa cultura. Tal afirmação aplica-se, também e em larga escala, ao mundo do direito. Desde logo, porque a China comporta, em si, quatro ordenamentos jurídicos distintos: o da China continental; o de Macau; o de Hong-Kong; e o da Ilha Formosa. Esta disparidade, aliada às especiais condições da cultura chinesa, dita uma abordagem completamente diferente ao universo do litígio e da sua resolução.²⁵ Ainda nas palavras de Menezes Cordeiro,²⁶ “*O pensamento chinês tradicional postula uma harmonia entre a terra, o homem e o céu. O homem deve pautar a sua conduta pela natureza, procurando a conciliação. O sistema assenta em deveres de harmonia e de adaptação, não em direitos. Os litígios devem ser superados pela negociação e pela paciência, não em tribunais, na base de leis, próprias dos povos incivilizados.*” A lei chinesa de arbitragem, de 1994, foi o culminar de uma lenta evolução histórica, acelerada nas últimas décadas pela estrondosa expansão económica do país. No entanto, não está isenta de um forte contributo ideológico, logo perceptível no seu artigo 1º que, por diverso das restantes leis da cultura em que Portugal se insere, se transcreve: “*Esta lei é elaborada para assegurar a arbitragem célere e imparcial de litígios económicos, para proteger os direitos e os interesses legítimos das partes e para salvaguardar o desenvolvimento harmonioso da economia socialista de mercado.*” A influência da Lei Modelo da *UNCITRAL* está também presente na lei chinesa, com naturais especialidades. A lei aplica-se a todo o território chinês, procurando fazer pontes entre os diversos regimes jurídicos *supra* identificados, o que a coloca também, por via de Macau, em contacto com o mundo lusófono.

O mundo lusófono não podia ser esquecido neste trabalho e, nesse domínio, o

²⁵ Cfr. Fan, K., *Arbitration in China: a Legal and Cultural Analysis*. Bloomsbury Publishing, 2013.

²⁶ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

Brasil, pela sua dimensão económica e social, surge naturalmente em destaque. A arbitragem no Brasil tem raízes históricas antigas, que entroncam com a própria história de Portugal, uma vez que o regime constante das Ordenações ali tinha igualmente aplicação. Ao longo de todo o século XIX, muitos foram os diplomas legais brasileiros que expressamente previram a arbitragem, designadamente o Código Comercial de 1850. Já no século passado, a arbitragem aparece extensamente consagrada no Código Civil brasileiro de 1916 e, depois, no Código de Processo Civil de 1939, até que todo o regime da arbitragem foi condensado na Lei de Arbitragem de 1996, que posicionou o Brasil ao lado dos principais países no âmbito da modernidade do seu sistema arbitral, muito embora tenha aderido à CNY apenas em 2002, naquilo que foi, manifestamente, uma adesão tardia e comprometedora do desenvolvimento da arbitragem no país. A Lei brasileira segue também de perto a Lei Modelo da UNCITRAL, no que foi acompanhada, de forma mais ou menos contemporânea, por outros países da América Latina.

2.3.3. Direito transnacional da arbitragem

Questão ainda importante no quadro das fontes do direito arbitral é o designado Direito Transnacional da Arbitragem²⁷ normalmente entendido como o conjunto das regras e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral nas arbitragens internacionais, e cuja formação não depende, ou não depende necessariamente, da intervenção dos órgãos estaduais com competência para criar o direito. A existência deste direito especial foi referida, já em 1965, por Fouchard,²⁸ que identificou um direito nascido das práticas da arbitragem internacional. O mesmo autor indica como fontes deste direito internacional da arbitragem as próprias cláusulas de arbitragem, muitas vezes extensas e ricas em conteúdo, os usos profissionais codificados, onde podemos ver uma referência a regras de boas práticas, aqui erigidas a regras vinculativas e coercivas, os regulamentos institucionais de arbitragem e, em especial para os mais sensíveis à aceitação da jurisprudência como fonte do direito, as próprias decisões dos tribunais arbitrais internacionais. No entanto, e apesar de apelativa, esta abrangência tem sido criticada por todos os que veem nela um obstáculo à aplicação dos grandes princípios do direito, designadamente o seu carácter estadual. Admitir a existência destas fontes, com esta extensão, seria admitir, pelo menos implicitamente, a existência de um quadro de fontes do direito supranacionais e efetivamente desligadas dos Estados (o que não acontece nas convenções internacionais), capaz de definir o direito daquele caso concreto. A meio caminho, dir-se-á, com Pinheiro e também com Fouchard, que a existência de fontes autónomas de direito transnacional da arbitragem deverá, pelo menos por en-

²⁷ Cfr. Pinheiro, L. L., *ob. cit.*

²⁸ Fouchard, P., *L'arbitrage Commercial International*. Dalloz, 1965

quanto, ficar restringida aos costumes²⁹ e aos regulamentos dos centros de arbitragem. Muito embora a referência aos costumes, nesta sede, seja genérica, o costume que se tem em vista é o costume jurisprudencial arbitral, com clara inspiração no precedente anglo-saxónico, mundo jurídico onde a jurisprudência é considerada fonte de direito imediata. Outro aspeto relevante do que se acabou de dizer é a diferença óbvia entre as arbitragens institucionais e as arbitragens *ad hoc* (*infra* explanadas) no que toca à receção, conhecimento e aplicação deste conjunto de regras autónomo do direito arbitral transnacional. Com efeito, se nas arbitragens institucionalizadas é fácil aos árbitros acederem ao acervo das decisões produzidas, que estão arquivadas e catalogadas, e ainda aos regulamentos do centro de arbitragem a que pertencem, já nas arbitragens *ad hoc* esse acesso é inexistente ou, pelo menos, muito limitado, o que determina uma menor capacidade de previsão sobre a decisão nestas últimas.

2.4. Os principais centros de arbitragem internacional

Muito embora, no rigor dos princípios e conforme já vimos, as partes possam escolher os árbitros que formarão o tribunal arbitral, bem como o direito aplicável, constituindo-se assim um tribunal arbitral *ad hoc*, a verdade é que as empresas, muitas vezes, optam por estruturas já existentes e que dão garantias de que a arbitragem se desenrolará de forma célere e justa. Um dos principais e mais antigos tribunais arbitrais existentes é o que funciona junto da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris. Criado em 1923, este tribunal arbitral é porventura o mais utilizado e mais respeitado no comércio internacional. Desde a sua criação e até 2005, segundo dados da Câmara de Comércio Internacional, o seu tribunal arbitral julgou mais de 21.000 casos, e é um facto notório que nas últimas décadas o volume tem vindo a aumentar. Igualmente muito relevante na cena da arbitragem internacional, temos o Tribunal Arbitral Internacional de Londres (*The London Court of International Arbitration*), que remonta a 1892, data em que foi formalmente inaugurado, embora com designação diferente. Funciona junto da Câmara do Comércio de Londres e, segundo os seus próprios relatórios, recebe cerca de 300 litígios por ano, também com uma evidente tendência de crescimento. Continuando em países de língua inglesa, e também com especial relevância no comércio internacional, existe em Nova Iorque, desde 1926, a *American Arbitration Association*, no âmbito da qual funciona o *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR). Em 2015 este tribunal arbitral recebeu mais de mil processos de arbitragem internacional, em linha com o que já havia acontecido em 2014, e tem mais de 300 juízes a colaborar na tomada de decisões.

²⁹ Para uma clara e abrangente visão sobre a diferença entre usos e costumes no quadro das fontes do direito, cfr. Ascensão, J. O., *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 2004.

Referenciamos ainda, neste quadro, o Tribunal Arbitral de Estocolmo (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), cuja neutralidade e imparcialidade foram reconhecidas, na década de 70 do século passado e em plena guerra fria, pelos Estados Unidos da América, União Soviética e China, o que bem demonstra a importância e relevância destas formas alternativas de resolução de litígios. Este tribunal existe desde 1917, e igualmente tem registado uma tendência de subida no número de litígios que lhe são submetidos, em especial, os internacionais.

2.5. Vantagens e desvantagens da arbitragem

Aqui chegados, importa identificar, ainda que sumariamente, as principais vantagens e desvantagens da arbitragem, ainda numa ótica de instituto jurídico e influenciado pelo método jurídico, muito embora muitas delas tenham sido já afloradas, direta e indiretamente, nos capítulos precedentes. Se é certo que os agentes económicos de países como Portugal ainda olham para a arbitragem com alguma desconfiança, é igualmente certo que cada vez mais se recorre a estas formas alternativas de resolução de litígios, que apresentam um importante crescimento.

No domínio das vantagens da arbitragem destacam-se a rapidez das decisões, a possibilidade de as partes escolherem os julgadores, a confidencialidade dos procedimentos arbitrais, a certeza que a convenção de arbitragem gera quanto ao modo pelo qual os litígios serão resolvidos, a especialização dos árbitros e as maiores garantias de neutralidade que as instâncias arbitrais oferecem, por comparação com as jurisdições estatais, normalmente “caseiras” quando se trata do confronto da sua lei com a lei de outro Estado. Este fenómeno é muitas vezes causado pelo normal desconhecimento da ordem jurídica externa, o que impele o julgador a tentar utilizar o ordenamento que melhor conhece e domina. Uma das grandes vantagens do recurso à arbitragem internacional é a possibilidade de escolha do Direito aplicável ao mérito da causa. Consagra-se, assim, o princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, que o Código Civil e a Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (em vigor em Portugal desde 1994) também acolhem. Note-se que a lei autoriza as partes a escolher um Direito, isto é, uma ordem jurídica, e não simplesmente a remeter para princípios gerais ou para os princípios comuns às ordens jurídicas conexas com o litígio. Na falta de escolha pelas partes, o tribunal aplicará, segundo o n.º 2 do art. 52.º, “o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita”. A fim de determinar esse Direito, os árbitros devem examinar todas as circunstâncias da relação litigada, indagando quais as conexões que a mesma apresenta com os diferentes ordenamentos estaduais, por forma a sujeitá-la ao Direito do Estado em que essas conexões se revelem predominantes. Para além do direito aplicável na

solução do problema, as partes (ou os árbitros, no silêncio destas) podem igualmente escolher as regras processuais que melhor se enquadrem no problema ou que melhor garantam a prossecução do fim último de qualquer resolução de litígios: a justiça. Nem sempre esta importante característica do processo arbitral é respeitada e existe uma clara tendência para aplicar as regras de processo codificadas. Segundo este autor, que integralmente acompanhamos,³⁰ “isto deve-se a um imperfeito conceito da arbitragem e um desconhecimento da sua independência relativamente à jurisdição estadual e aos regimes processuais que nela são aplicáveis”.

Em matéria de contratos, domínio por excelência dos litígios submetidos a árbitros, estes devem tomar especialmente em consideração o país da residência habitual, da administração central ou do estabelecimento principal da parte que se encontre vinculada a realizar a prestação principal, sendo legítimo presumir que é com esse país que a relação jurídica a ser decidida apresenta a conexão mais estreita. Esta é a solução adotada, designadamente, pela referida Convenção de Roma, no seu art. 4.º, n.º 2, onde se acrescenta que se a prestação principal do contrato for devida por estabelecimento diverso do principal, será atendível a lei do país onde se situa esse estabelecimento. Tal facto não prejudica a possibilidade de os árbitros atenderem ao resultado material a que conduz a aplicação ao caso singular dos diferentes Direitos conexos com o litígio, por aplicação do princípio do *favor negotii*, trave mestra do Direito Internacional Privado. Por exemplo, é dada aos árbitros a possibilidade de considerar mais apropriado para a resolução do litígio, de entre os ordenamentos jurídicos possíveis, o único que tenha o contrato em causa como válido. A arbitragem permite ainda atender aos usos do comércio internacional. A vantagem assume particular relevância para países como Portugal, onde o uso só em casos muito especiais é considerado fonte do direito, ou seja, um modo de formação e revelação de regras jurídicas. Nas palavras de Dário Moura Vicente “na arbitragem internacional os árbitros podem atender aos usos do comércio internacional em duas situações: se as partes se tiverem referido expressamente a esses usos no contrato ou na convenção de arbitragem e os mesmos não forem incompatíveis com as normas imperativas da lei aplicável à relação material litigada, não podendo nunca ser o critério único de apreciação do objeto do litígio na arbitragem internacional; se as partes nada tiverem dito a este respeito, podem os usos, ainda assim, ser tomados em consideração pelos árbitros como elementos de interpretação e integração das declarações negociais das partes”.³¹

³⁰ Barrocas, M. P., *A razão por que não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do Processo Civil*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75, Jul./Dez., Lisboa, 2015.

³¹ Vicente, D. M., *Portugal e a Arbitragem Internacional*, Anuário Janus, 2004.

Ainda na esteira do mesmo autor importa referir que o regime da arbitragem internacional se distingue ainda pela possibilidade, prevista no artigo 39.º, n.º 3 da LAV, de os árbitros, caso as partes lhes hajam confiado essa função, decidirem os litígios que lhes sejam submetidos “*por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo*”. A lei portuguesa consagra assim, expressamente, a admissibilidade da denominada composição amigável, figura de contornos ainda pouco definidos, mas a que a maior parte dos autores e intervenientes no mercado atribuem grande potencial. Através deste mecanismo julga-se um litígio procurando obter-se uma solução que seja aceite por ambas as partes como uma decisão justa, capaz de favorecer a prossecução das relações comerciais entre elas. Por outras palavras, julgar-se-á o caso menos vinculado ao direito instituído e mais atento às especificidades do caso concreto.

Por fim, é de salientar ainda uma outra característica da arbitragem que tem promovido muito do seu sucesso junto das empresas transnacionais: a confidencialidade dos processos e das decisões. Com efeito, e ao contrário dos sistemas de administração de justiça do Estado, públicos por natureza, as arbitragens são confidenciais. Esta característica tem um enorme peso, porquanto o litígio, embora muitas vezes necessário, não favorece outros aspetos da operação da empresa e, nalguns casos, importa mesmo a revelação de determinados segredos do negócio, ou processos da empresa, cujo conhecimento pelo mercado a poderia facilmente fragilizar.

No capítulo das desvantagens, a primeiramente referida é o custo do processo arbitral. A título de exemplo, e utilizando a ferramenta de cálculo de custos do Tribunal Arbitral Internacional da Câmara de Comércio Internacional e em que se discuta o montante de € 500.000,00 com a intervenção de três árbitros, as despesas totais com o processo podem chegar a um máximo de \$ 147.205,00, sendo que a média se situará em \$ 96.007,00.³² Se o mesmo litígio for submetido, por exemplo, a um tribunal português, o montante a despende em taxa de justiça será de € 4.080, acrescidos das eventuais despesas com produção de prova e outras que, por muito elevadas que sejam, dificilmente ultrapassarão igual montante. A estes montantes, nos dois casos, haverá que juntar os honorários dos advogados responsáveis pelo caso, que tendem também a ser mais elevados nos processos arbitrais do que nos estaduais.

As diferenças de custo dos dois processos de resolução de litígios são esmagadoras. A opção pela decisão arbitral, atento o elevado custo, deverá, pois, trazer às organizações que a ela recorrem um qualquer benefício que não só anule

³² Fonte: calculador de custo do Tribunal Arbitral Internacional da Câmara de Comércio Internacional em <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/>. Os valores são apresentados em dólares americanos.

aquela diferença de custo, mas que a suplante. A Câmara de Comércio Internacional, por exemplo, procura justificar a vantagem do recurso à arbitragem internacional com o facto de os honorários dos advogados serem muito mais baixos, uma vez que o processo é resolvido em muito menos tempo. Não concordamos com esta justificação. Com efeito, os honorários dos advogados são maioritariamente fixados tendo em conta a complexidade da questão e os montantes envolvidos no litígio e não o tempo que o processo demora a chegar ao fim. Ainda em sede de desvantagens, importa referir a maior dificuldade para a parte menos bem representada (normalmente a economicamente mais frágil) em escolher um árbitro de confiança e competente que não esteja já impedido, a dificuldade dos advogados em justificar aos seus clientes a perda do caso no tribunal arbitral, atento o custo acrescentado que representou ou, ainda, quando a matéria a decidir implique a realização de muitas e complexas diligências de prova, pois aí os árbitros podem esbarrar com limitações estaduais fortes à obtenção daquela prova, limitações estas inexistentes nos tribunais judiciais.

2.6. A arbitragem e as novas tecnologias

A última década assistiu a um avassalador desenvolvimento tecnológico, boa parte dele centrado nos meios de comunicação à distância, com base na *internet* (ou ciberespaço, como usualmente é referido em português). Estes desenvolvimentos, que afetam transversalmente a sociedade, não passaram ao lado da arbitragem. Nem faria sentido que passassem, pelo menos no que toca à arbitragem internacional, atento o carácter necessariamente deslocalizado desta e a ausência de qualquer norma proibitiva relativamente a práticas em linha nos diversos instrumentos jurídicos que internacionalmente a regulam.³³ Esta voraz transformação do mundo e da sociedade tem sido de tal forma rápida que, ainda em 2010, Manuel Pereira Barrocas escrevia que “*Ainda não são muito conhecidos processos conduzidos exclusivamente pela internet, mas não virá longe o tempo em que processos arbitrais serão integralmente conduzidos mediante a sua utilização, conjugados com meios de teleconferência... Com um espaço geográfico tão vasto, competirá à internet e a outros meios de telecomunicação auxiliares conferir a infraestrutura necessária para que a mediação e a arbitragem possam ser efetuadas sem implicar a necessidade de longas deslocações de pessoas (partes, testemunhas e peritos) ou de suportes documentais dos processos, que serão totalmente desmaterializados*”.³⁴ Ora o tempo preconizado por este autor já terá chegado. Pelo mundo multiplicam-se plataformas online de mediação e arbitragem, quer no âmbito de conflitos de consumo (B2C),

³³ Cfr. Kierkegaard, S., *Online Alternative Dispute Resolution*, Information Obligations in EC E-Commerce Law in R. Nielsen, S. Sandfeld Jakobsen, and J. Trzaskowski, eds., EU Electronic Commerce Law (2004) 180, 2004.

³⁴ Barrocas, M. P., *ob. cit.*

por natureza mais simples e propícios à entrada das novas tecnologias, quer relativamente às arbitragens internacionais mais pesadas, onde se discutem interesses patrimoniais de monta entre empresas (B2B).

Do ponto de vista conceptual, a arbitragem online (*online dispute resolution* em inglês, ou ODR) será aquela que utiliza meios tecnológicos de comunicação à distância para facilitar a resolução de um dado litígio. O processo de arbitragem online poderá ser total, se todos os aspetos forem tratados por via eletrónica, ou parcial, quando apenas alguns aspetos do processo são tratados por aquela via como, por exemplo, a tomada de declarações às testemunhas e aos peritos. Embora alguns autores vejam a necessidade de encontrar um conceito autónomo para a arbitragem *online*³⁵, não cremos que tenham razão. A arbitragem *online* beberá sempre o seu conceito e finalidades no conceito milenar de arbitragem, com as especificidades, mais regulamentares, que o desenvolvimento da *internet* veio proporcionar. Questão bem mais complexa, neste domínio, é a colocada pela existência de meios alternativos de resolução de litígios automatizados, com recurso a potentes algoritmos que desempenham, em última instância, o papel dos árbitros. Katsh³⁶ refere-se, com propriedade, a estas ferramentas como a "*quarta parte*" do processo, a acrescentar ao requerente, ao requerido e ao árbitro, uma vez que o computador aparece aqui com uma contribuição independente para a resolução do conflito. O caminho subsequente será, como é bom de ver, a substituição do árbitro pelo computador, numa total negociação automatizada. Novos e grandes problemas se levantam aqui, com o fantasma da inteligência artificial a pairar sobre nós. Será aceitável entregar a uma máquina, ainda que voluntariamente, a capacidade de decidir um litígio existente ou eventual? Poderá a máquina garantir uma maior imparcialidade das decisões e um maior equilíbrio entre as partes? O futuro o dirá...

3. A arbitragem como fator de competitividade

A arbitragem, para além dos aspetos jurídicos do seu contexto, é também, e antes de mais, um fenómeno socioeconómico. Sociológico, porque o tecido social reclama mais e melhores processos de resolução de litígios, a que os legisladores, um pouco por toda a parte, são sensíveis; económico, porque o campo de desenvolvimento da arbitragem não pode deixar de ser a economia e, dentro desta, o comércio nacional e internacional. A propósito da enorme influ-

³⁵ Cfr. Badiei, F., *Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features*, 2010.

³⁶ Katsh, E., Rifkin, J., & Gaitenby, A., *E-commerce, E-disputes, and E-dispute resolution: in the shadow of eBay law*. Ohio St. J. on Disp. Resol., 15, 705, 1999; Katsh, E., & Wing, L., *Ten years of online dispute resolution (ODR): Looking at the past and constructing the future*. U. Tol. L. Rev., 38, 19, 2006.

ência da arbitragem no comércio internacional, Menezes Cordeiro afirma mesmo que “*A arbitragem é pioneira na globalização*”.³⁷ Com efeito, os desafios postulados pelo movimento de globalização económica do final do século passado, cujos efeitos se estenderam e estendem pelo atual, reclamam à saciedade um modelo de resolução de litígios que ultrapasse as barreiras nacionais e aceite um conteúdo auto regulativo, altamente especializado e, não menos importante, célere. Compreende-se, pois, aquilo a que Barrocas designou de “*popularidade*” da arbitragem internacional nas relações de comércio internacional.³⁸

Não obstante a antiguidade do estudo das questões ligadas à arbitragem, é quase espantoso constatar a relativa ausência de estudos científicos que relacionem a arbitragem com a empresa. Tal facto, estamos em crer, deve-se a um muitas vezes excessivo conservadorismo do mundo jurídico, que reclama para si o estudo do que entende jurídico e não admite a interação com outras áreas do saber, e também à correspondente dificuldade de outras ciências ou áreas do saber recorrerem ao direito para estabelecer e estudar relações empiricamente suportadas, porquanto esbarram numa metodologia única e própria da ciência jurídica, que dificulta, as mais das vezes, análises multidisciplinares que a incluam. Bem ilustrativo do que se disse é o facto de ser relativamente mais fácil encontrar estudos relacionados com a arbitragem e a mediação nas áreas da psicologia, onde se procuram conhecer as motivações e os efeitos de determinados estímulos nesta matéria, do que nas áreas da gestão ou economia.

Na sequência de tudo o que, até aqui, já se expôs, a importância da arbitragem para a empresa resulta quase óbvia. Para o que nos especialmente interessa, a empresa turística opera num mercado turístico, procurando maximizar o seu lucro através de uma correta análise e utilização das variáveis do negócio. Acontece, pois, que o litígio é uma das variáveis presentes em qualquer exploração económica. Com efeito, a teia de relações que se gera para uma qualquer empresa poder singrar e afirmar-se num determinado mercado é de tal dimensão que, quase inevitavelmente, o litígio aparece. Pode ser um pequeno litígio, quase inconsequente, mas pode também ser um problema sério, que exija a intervenção de terceiros para ser resolvido. Num estado de direito, como é o nosso e aqueles que nos rodeiam, a intervenção externa natural cabe aos tribunais, com todas as limitações já supra elencadas. A mais penalizadora para a empresa será, porventura, a morosidade dos processos que, as mais das vezes, produzem sempre decisões injustas porque extremamente demoradas. E, quando introduzimos a variável do confronto entre dois ou mais ordenamentos jurídicos, os problemas agudizam-se sobremaneira. A arbitragem aparece então como o caminho mais fácil para uma decisão célere que, só por isso, será já mais justa e eficiente

³⁷ Cordeiro, A.M., *ob. cit.*

³⁸ Barrocas, M. P., *ob. cit.*

que qualquer outra, e ainda porque, na arbitragem, como já supra detalhadamente se explanou, a competência técnica especializada dos juízes (aqui designados árbitros) numa determinada matéria pode ser acautelada.

A competitividade, naquilo que nos interessa, é um conceito de comparação das capacidades e desempenho de uma dada empresa com outra empresa, de um sector de atividade com outro sector de atividade, de um destino turístico com outro destino turístico ou mesmo de um país com outro país. O conceito de desempenho remete-nos, por seu lado, para uma comparação entre os resultados alcançados e os resultados esperados alcançar. Aqui, como facilmente se percebe, estamos dentro de uma organização e alheios às outras organizações. Esta comparação exigirá, necessariamente, a presença de processos de acompanhamento desses resultados que permitam a sua medição. O desempenho e a competitividade no turismo têm sido amplamente estudados, quer na vertente dos operadores turísticos, quer na dos próprios destinos turísticos. Não pretendemos com este trabalho, e há que afirmá-lo desde já, estabelecer relações entre a arbitragem internacional e a competitividade do destino turístico, o que poderá, eventualmente, ser uma pista de trabalho e exploração a realizar noutro estudo. Pretendemos, tão só, avaliar os efeitos no desempenho e competitividade da empresa turística, seja ela uma agência de viagem, um operador turístico ou um hotel, do recurso institucionalizado e generalizado à arbitragem, enquanto método alternativo de composição de litígios. Perguntar-nos-emos, pois, e na maior simplificação que conseguimos alcançar, se em situações em tudo idênticas em que a única variação seja o recurso à arbitragem, tal diferenciação traz ou não um real benefício às organizações. A diferenciação aparece como um rótulo para uma ampla gama de estratégias³⁹ e permite, no limite, criar algo que seja considerado único no setor onde a organização se insere. Procuraremos ainda responder à questão se, ainda que com um custo marginalmente superior, a adoção institucionalizada da arbitragem continua a trazer benefícios às organizações.

Importa, com vista ao cabal esclarecimento da questão em estudo, fazer outra distinção, pois os potenciais conflitos existentes podem ser agrupados em, pelo menos, duas categorias: a dos conflitos entre as empresas turísticas e os consumidores finais do produto turístico (B2C); e a dos conflitos entre duas ou mais empresas turísticas, localizadas em países diferentes (B2B). A primeira destas categorias é normalmente a mais referenciada e estudada, mas estamos em crer que a segunda gerará conflitos com muito maior dimensão capazes, por isso, de atingir fortemente as organizações. Se facilmente imaginamos que um operador turístico português terá capacidade para resolver um litígio trazido por um con-

³⁹ Mintzberg, H., *Generic Strategies: Toward a Comprehensive Framework*, in R.B. Lamb and P. Shivastava (eds.) *Advances in Strategic Management*, JAI Press, 1988.

sumidor final que, por exemplo, se viu confrontado com uma situação de *overbooking*, situação em que um bem ou um serviço é vendido para além da capacidade de fornecimento do, o mesmo já não se poderá dizer se estiver em causa um contrato de alojamento em Portugal celebrado com um operador turístico estrangeiro, que pode envolver centenas de milhar de euros ou mesmo milhões.

Como dissemos, não é fácil encontrar na literatura referências que relacionem as questões da arbitragem com a competitividade ou o desempenho das empresas. Muito embora a arbitragem seja um tema de estudo da ciência jurídica desde os seus primórdios e desde a antiguidade clássica, a análise das vantagens e desvantagens para as empresas do recurso a este método alternativo de resolução de litígios têm sido sucessivamente abordadas segundo uma ótica estritamente jurídica, o que necessariamente reduz o seu alcance e eficácia. Nas palavras de Drahozal *“Although legal scholarship often has been criticised as being too divorced from empirical realities, numerous efforts – from hiring faculty with interdisciplinary backgrounds, to conducting training in research methods, to the creation of specialised journals – have sought to encourage and facilitate empirical research on legal issues”*.⁴⁰

Boa parte da raiz deste problema radica no facto das decisões arbitrais serem confidenciais, o que impossibilita, na prática, a análise empírica do sucesso ou insucesso de uma determinada empresa no recurso à arbitragem e, por conseguinte, estabelecer a influência dessa decisão no seu desempenho. Alguns centros de arbitragem, tais como a CCI, disponibilizam algumas das decisões mais emblemáticas, mas o critério de seleção dessas decisões não permite extrair, com segurança, resultados empíricos aceitáveis. Não obstante o que se deixou dito, existem vários estudos que se debruçaram sobre vários aspetos do processo arbitral e que importa visitar. Tais estudos cobrem diversos aspetos da arbitragem, a saber: o acordo para submissão de um litígio à arbitragem; os procedimentos arbitrais; a seleção dos árbitros; regras aplicáveis; e decisões arbitrais.

Quanto ao acordo arbitral, as duas razões que aparecem como as mais relevantes para a tomada de decisão de recorrer à arbitragem são evitar os tribunais judiciais do estado e aproveitar o quadro jurídico internacional. Por outro lado, a referência ao acerto e justiça da decisão aparecem também bastante referenciados como os principais critérios motivadores do recurso à arbitragem. Para

⁴⁰ Drahozal, C. R.. *Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration*. *Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22, No. 2, 2006.

além de alguns estudos sobre os critérios de escolha dos árbitros⁴¹ e sobre a utilização de medidas preventivas nas arbitragens,⁴² muito pouca produção científica tem havido nesta matéria. Já no que toca às decisões propriamente ditas, e também ao seu processo de formação, os estudos existentes incidem essencialmente sobre a sua exequibilidade, deixando de lado os efeitos que a existência dessas decisões possam ter tido no desempenho das empresas que as promoveram. É o próprio Drahozal que apresenta como futuras linhas de investigação “*a study of the effects of international arbitration on economic growth*”.⁴³ Neste quadro, importa pois aferir, ainda que parcelarmente, a importância do recurso à arbitragem para as empresas, designadamente quanto ao seu desempenho e competitividade. E há que fazê-lo, nesta sede, abandonando o posicionamento estritamente jurídico da questão da arbitragem, incorporando o litígio e a sua resolução nas variáveis do negócio, procurando obter respostas que auxiliem os gestores no processo de tomada de decisão sobre o recurso, ou não, à arbitragem.

3.1. Reflexões sobre estratégia organizacional

A palavra estratégia pode comportar diversos significados, dependendo do contexto no qual é utilizada. Os mais comuns e frequentes significados têm a ver com políticas, objetivos, táticas, metas ou programas, exigindo depois um esforço de conceptualização para encontrar a correta definição no âmbito que nos ocupa. Nas palavras de Mintzberg,⁴⁴ “*a natureza humana insiste numa definição para todos os conceitos. O domínio da gestão estratégica não pode dar-se ao luxo de se basear apenas numa definição de estratégia, uma vez que a palavra tem sido, ao longo dos tempos, utilizada implicitamente em muitos sentidos, apesar de ser tradicionalmente definida apenas em um*”.

O pensamento estratégico é frequentemente apresentado a partir das mudanças radicais a que é submetido o meio ambiente, impondo às organizações a necessidade de procurar novas formas práticas de sobrevivência. Estas mudanças traduzem-se numa filosofia que apresenta como pressupostos principais uma visão ambiciosa de longo prazo e o desenvolvimento da organização baseados nos recursos próprios e nas competências, de maneira a promover, quando possível, alterações no meio-ambiente concorrencial que possam beneficiar aquele

⁴¹ Cfr. Coulson, R., *Survey of International Arbitration Procedures in New York LJ*, 1981; Davis, B. G., *The color line in international commercial arbitration: An American perspective*. *Am. Rev. Int'l Arb.*, 14, 461-571, 2003.

⁴² Yesilirmak, A., *Provisional measures in international commercial arbitration* (Doctoral dissertation), 2003.

⁴³ Drahozal, C. R., *ob. cit.*

⁴⁴ Mintzberg, H.; Quinn, J. B., *O processo da estratégia*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

que as promove. Assim, o objetivo chave da estratégia não é a adaptação às condições definidas pela concorrência, mas a sua transformação e renovação, a partir da ideia de que o jogo da concorrência não é um facto absoluto e irremovível, mas sim uma situação sobre a qual as organizações podem exercer influência e alterar os factos. Neste contexto, cada vez mais é assumido que toda a vantagem da concorrência é temporária, a estratégia é diversificada, emergente e complexa, é preciso reinventar, ou seja, viver o presente apoiado nos recursos do passado e projetando o futuro, impor o ritmo da mudança, desenvolver a estratégia a partir do terreno que constitui o domínio da atividade e recombinaer coerentemente os diversos campos de atividade.⁴⁵

Vários autores⁴⁶ têm divergido quanto ao número de escolas de pensamento estratégico, mas existe razoável convergência de que a estratégia, muito embora a ela apareçam referências anteriores, surja após a segunda guerra mundial e que, a partir das décadas de sessenta e setenta do século passado, com o interesse da academia mostrado pelo tema, realmente se desenvolveu. E não admira o interesse pelo tema. Será as mais das vezes pela combinação feliz destes fatores que se trará à luz uma empresa próspera, sustentável e eficiente. Importa, pois, traçar um caminho pelo que de mais importante vem sendo dito neste domínio para, a final, nos focarmos nos conceitos e recursos que permitem explicar, de forma cabal, o objeto do nosso estudo. Assim, Igor Ansoff,⁴⁷ sugeriu uma matriz com quatro estratégias (penetração no mercado, desenvolvimento do produto, desenvolvimento do mercado e diversificação) que rapidamente ganhou a aceitação do mercado e do mundo académico, usualmente designada de “matriz de Ansoff”. Com efeito, ainda hoje, muitas das estratégias implementadas bebem a sua génese nos ensinamentos deste autor.

Uma das mais conhecidas e replicadas teorias sobre estratégia foi proposta por Porter,⁴⁸ que sugere um modelo bidimensional: vantagem estratégica e objetivo estratégico. Posteriormente, o mesmo Porter usa as dimensões da vantagem competitiva em vez das referidas vantagens estratégica e objetivo estratégico. Assim, Porter identifica três estratégias competitivas genéricas que podem ser seguidas pelas empresas: liderança pelo custo; diferenciação; e foco, quer seja

⁴⁵ Cfr., entre outros, Porter, M. E., *Competitive Advantage: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, New York: The Free Press, 1985.

⁴⁶ Ansoff, H. I., *Critique of Henry Mintzberg's The Design School: Reconstructing the Basic Premises of Strategic Management*. Strategic Management Journal, Vol 12 (6), 449-461, 1991; Mintzberg, H., *Research Notes and Communications – Learning 1, Planning 0 Reply to Igor Ansoff*. Strategic Management Journal, Vol 12 (7), 463-466, 1991.

⁴⁷ Ansoff, H. I., *Corporate strategy: an analytic approach to business policy for growth and expansion*. New York, McGraw-Hill, 1965.

⁴⁸ Porter, M. E., *Industry structure and competitive strategy: Keys to profitability*. Financial Analysts Journal, 30-41, 1980.

no custo, quer seja na diferenciação. As empresas que utilizarem uma estratégia focada no custo tentarão ser as que produzem mais barato na indústria. As que utilizarem uma estratégia assente na diferenciação terão por objetivo diferenciar o seu produto da concorrência, por forma a permitir-lhes cobrar um preço superior. Porter defende ainda que a intensidade da concorrência no mercado depende de cinco forças básicas: o número de concorrentes e a sua rivalidade em determinado momento; a entrada de novos concorrentes; o poder de negociação dos clientes; o poder de negociação dos fornecedores; e o aparecimento de produtos substitutos. Será a partir da conjugação do impacto relativo de cada uma destas forças que é determinada a rentabilidade da empresa. Neste contexto, o objetivo estratégico de cada empresa será o de encontrar uma posição que lhe permita, por um lado, defender-se das cinco forças referidas ou, por outro, influenciá-las a seu favor. Como todos os concorrentes conhecem ou, pelo menos, podem e devem conhecer a existência dessas forças, o importante, para a formulação da estratégia empresarial consiste numa análise profunda e diferenciadora dos fatores que as influenciam. Esta análise permitirá, em última instância, um melhor ajustamento ao mercado pela adoção das melhores estratégias num dado momento.

Já Mintzberg⁴⁹ propõe uma tipologia de estratégias competitivas usando as dimensões de Estratégias de diferenciação (por exemplo, estratégia de diferenciação no preço; estratégia de diferenciação na imagem; estratégia diferenciada de apoio ou suporte; estratégia de diferenciação na qualidade; estratégia de diferenciação no design; e estratégia da não diferenciação), e Estratégias de âmbito (por exemplo, estratégia de não segmentação; estratégia de segmentação; estratégia de nicho; e estratégia de personalização). Para Mintzberg a diferenciação é, pois, um conceito determinado pela oferta, enquanto que o âmbito é determinado pela procura. Este autor propõe ainda a comumente designada teoria dos cinco P's da estratégia, onde discorre sobre as cinco dimensões do conceito: plano, padrão, posicionamento, perspetiva e as inter-relações entre os anteriores.

3.2. O enfoque baseado na diferenciação

A aposta na arbitragem por forma a ganhar uma eventual vantagem competitiva remete-nos, de forma clara e lógico-dedutiva, para o campo das designadas “estratégias genéricas” e, dentro destas, para a estratégia da diferenciação. Com efeito, é razoavelmente evidente que a submissão a arbitragem dos eventuais litígios que possam ocorrer numa determinada relação contratual entre dois ou mais atores no campo do turismo, não representará nunca uma estratégia clássi-

⁴⁹ Mintzberg, H., *ob. cit.*

ca de criação de produto ou prospeção de novos mercados. Ansoff,⁵⁰ com a sua matriz de quatro estratégias, introduziu importantes e decisivos conceitos e abordagens no campo da estratégia empresarial. Mas este modelo estratégico, muito embora determinante para o dealbar das concepções estratégicas, é relativamente pouco abrangente, deixando de fora importantes aspetos do desenho de uma estratégia, desde logo porque incorpora no denominado “desenvolvimento de produto” um conjunto vasto de estratégias que importava autonomizar e conceptualizar, por forma a dar-lhes uma maior e mais acutilante operacionalidade. Consciente deste problema, Porter apresentou aquilo a que chamou “estratégias genéricas”, já supra referidas: liderança pelo custo, diferenciação e foco. Este autor coloca o centro do problema na identificação da estratégia, criticando a abordagem de Ansoff por se ter centrado apenas na ampliação das estratégias já existentes. Porter chega mesmo a escrever, referindo-se às ideias de Ansoff, que “...*acquisition and vertical integration are not strategies but means of achieving them*” para concluir, na mesma passagem, que “*the centerpiece of a firm’s strategic plan should be its generic strategy*”.⁵¹

Como se vê, as estratégias genéricas de Porter incluem já, explicitamente, a diferenciação como estratégia para a obtenção de uma vantagem competitiva. Nesta estratégia a empresa investe na sua imagem, tecnologia, assistência técnica, distribuição, pesquisa e desenvolvimento, recursos humanos e pesquisa de mercado, com a finalidade de criar um efeito diferenciador que possa captar a atenção do consumidor e, num segundo momento, fidelizá-lo.

Mintzberg dedica grande atenção às estratégias de diferenciação, estabelecendo mesmo que, no fundo, todas as estratégias envolvem um maior ou menor grau de diferenciação. Diz o autor “...*an organization distinguishes itself in a competitive marketplace by differentiating itself in some way – by acting to distinguish its products and services from those of its competitors. We take this to mean that all competitive advantage amounts to one form or another of differentiation, hence, this becomes the fundamental basis of every business-level strategy, and therefore fills the face of the circle we have used to identify the core business*”.⁵²

Mintzberg aprofunda, de forma exaustiva, as estratégias de diferenciação, indicando que estas podem ser determinadas pelos seguintes fatores: preço, imagem, suporte, qualidade, design, e ainda a indiferenciação, que o autor não deixa de considerar uma estratégia desta família. A diferenciação permite, segundo o autor, distinguir eficazmente o *core business* de uma empresa. O preço

⁵⁰ Ansoff, H.I., *ob. cit.*

⁵¹ Porter, M., *ob. cit.*

⁵² Mintzberg, H., *ob. cit.*

continua a ser a mais básica das estratégias de diferenciação, mas interessa-nos sobretudo, atento o escopo deste trabalho, a designada diferenciação pelo suporte. Diz Mintzberg que a diferenciação pelo suporte (ou periférica, como o autor chega a sugerir poder também chamar-se) é mais substancial que a diferenciação pelo preço ou pela imagem projetada do produto, mas ainda sem ter efeitos no próprio produto. Por outras palavras, o produto ficará mais apelativo (ou, pelo menos, pretende-se que fique) adicionando-lhe algo que, muito embora não interfira com a essência do produto, lhe confere uma capacidade distintiva lateral. O problema da diferenciação pelo suporte havia já sido abordado por outros autores, como Levitt, que defendeu que por mais difícil que seja operar uma diferenciação entre produtos pelos mais clássicos, como o preço ou o design, sempre haverá uma forma de os diferenciar pelo suporte. Diz o autor que “*to the potential buyer, a product is a complex cluster of value satisfactions*”, e não apenas o valor intrínseco do produto. O resultado será um produto “aumentado”, que inclui atributos em que o consumidor, provavelmente, nunca terá pensado. Ainda com o mesmo autor, “*it is the process, not just the product, that is differentiated*”.⁵³

3.3. O desempenho económico e a vantagem competitiva

Toda a estratégia visa a obtenção de uma vantagem competitiva ou seria desprovida de sentido. A vantagem competitiva pode ser definida como uma vantagem económica obtida num mercado competitivo ou, por outras palavras, corresponderá, de forma genérica, a uma diferença entre dois concorrentes em qualquer dimensão concebível, que permita a um criar mais valor do que o outro e, tradicionalmente, foi intimamente associada à empresa. Posteriormente, o conceito foi alargado a outras realidades, sendo corrente aplicá-lo a setores industriais, regiões e até mesmo países. A referência à vantagem competitiva na atualidade é tão usual, que muitos autores já referem uma suposta capacidade autoexplicativa do mesmo.⁵⁴ Por outro lado, surgem constantemente novas abordagens do tema, mais ou menos inovadoras.⁵⁵

Questão diferente e eventualmente mais complexa é medir uma determinada vantagem competitiva. Com efeito, a medição da vantagem competitiva, que

⁵³ Levitt, T., *Marketing Success Through Differentiation of Anything*, Harvard Business Review Janeiro-Fevereiro, 1980.

⁵⁴ Cfr. Adegbesan, J. A., *On the origins of competitive advantage: strategic factor markets and heterogeneous resource complementary*, Academy of Management Review, 34(3), 463-475, 2009; Caves, R. E., *Economic analysis and the quest for competitive advantage*. The American Economic Review, 74(2), 127-132, 1984; Teece, D. J.; Pisano, G.; Shuen, A., *Dynamic capabilities and strategic management*, Strategic Management Journal, 18(7), 509-533, 1997.

⁵⁵ Buhalis, D.; Costa, C., *Tourism Management Dynamics*, Butterworth Heinemann, 2005.

permite até comparar organizações, é muitas vezes difícil de obter. Rumelt,⁵⁶ entre outros, reconhece a existência de uma certa convergência para o conceito de criação de valor, conceito este que não fica, ele próprio, isento de dúvidas e múltiplas interpretações. Com efeito, a criação de valor é um conceito amplo, que pode ser visto por diversas perspectivas, sejam elas a dos clientes, trabalhadores, fornecedores, acionistas ou outros *stakeholders* da empresa, comportando necessariamente diversos pontos de chegada, de acordo com as respetivas sensibilidades. O processo de medição da vantagem competitiva tem sido sucessivamente abordado por diversos autores, tais como Barney,⁵⁷ Calil⁵⁸ ou Barney & Hesterly,⁵⁹ que sugerem metodologias de medição quantitativa/qualitativa da vantagem competitiva, como forma de avaliação do desempenho económico e financeiro das organizações. A avaliação da competitividade, com base em indicadores de desempenho económico, tem limitado o conceito à dimensão da eficiência operacional. Nesta perspectiva, a competitividade seria derivada da excelência empresarial no desempenho de atividades, as quais podem ser económica ou financeiramente medidas.

Não obstante, há razões suficientes na literatura para considerar que a competitividade de uma organização não depende apenas de fatores económico-financeiros, mas também de uma conduta socialmente valorizada que garanta a sua legitimidade e sobrevivência num contexto multidisciplinar. Na relação com os clientes, a criação de valor estará refletida na fidelização daqueles e na sua intenção de repetição, enquanto que na relação com os fornecedores, a criação de valor trará qualidade e eficiência à empresa, que se traduzirão numa diminuição de custos. O primeiro aspeto a considerar será, pois, o de procurar esclarecer o que deve entender-se por “criação de valor”. Na linha de Brandenburger & Stuart,⁶⁰ diremos que o valor criado por uma determinada empresa corresponderá à diferença entre o custo de oportunidade do fornecedor e a disposição para pagar do cliente. O custo de oportunidade será dado pelo valor mínimo pelo qual o fornecedor está disponível para vender os seus produtos. Este valor não pode ser determinado de forma absoluta, porquanto depende de várias variáveis e de como essas variáveis se comportam, num dado momento, no mercado. O

⁵⁶ Rumelt, R. P., *What in the world is competitive advantage*. Policy working paper, 105, 1-5, 2003.

⁵⁷ Barney, J. B., *Organizational Culture: Can It be a Source of Sustained Competitive Advantage?* Academy of Management Review, 1986.

⁵⁸ Calil, C. F. E., *Posicionamento Social e Desempenho Financeiro: Uma Análise na Indústria Bancária Brasileira a partir de uma Tipologia Proposta* (Doctoral dissertation, PUC-Rio), 2006.

⁵⁹ Barney, J. B.; Hesterly, W. S., *Administração Estratégica e Vantagem Competitiva*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

⁶⁰ Brandenburger, A.; Stuart, H. W., *Value-based business strategy*, Journal of Economics & Management Strategy, 5(1), 5-24, 1996.

conceito de disposição para pagar, por seu lado, representa um valor monetário que incorpora todo o benefício que o cliente recebe pela utilização ou consumo de um determinado produto e é sempre subjetivo, porquanto depende da percepção pelo cliente dos benefícios oferecidos. Tal atributo determina que a disposição para pagar possa variar de cliente para cliente, e entre diferentes contextos competitivos. Acresce ainda que o cliente apenas valorará aquilo que for por ele percebido, pelo que a formulação de uma qualquer estratégia deverá sempre ter em conta esta necessidade de levar o valor ao cliente. A criação de valor é, pois, influenciada em tempo real pelo contexto das relações entre empresas no mercado, pelo que estará em constante mutação. É esta capacidade de mudança constante que deve ser apropriada pela empresa, interpretando ou criando as circunstâncias que possam alterar a percepção do valor.

Muito embora existam múltiplos conceitos e abordagens para definir a vantagem competitiva, acompanhamos Peteraf & Barney⁶¹ na sua proposta de que a vantagem competitiva não se restringe ao melhor concorrente num dado mercado, mas sim a todos os que, nesse mercado, criarem mais valor do que o concorrente que opera imediatamente acima do ponto de equilíbrio (em inglês, *break-even*). Pretende-se, pois, neste trabalho, identificar os fatores e respetivos valores subjacentes de competitividade do fenómeno da submissão voluntária das empresas a um sistema institucionalizado de arbitragem internacional, com o objetivo de verificar como a VC pode ser visualizada e como pode influenciar a adoção de estratégias organizacionais na busca por um posicionamento competitivo. As empresas com uma vantagem competitiva poderão então explorar a assimetria entre a máxima disposição para pagar dos seus clientes e a média cobrada pelo mercado, cobrando um preço marginalmente superior, que necessariamente resultará em margens de lucro mais altas.

Procurar-se-á, pois, dar resposta às seguintes questões:

- A) Em situações em tudo idênticas em que a única variação seja o recurso pela empresa turística à arbitragem internacional, tal facto traz ou não um real benefício às organizações?
- B) A adoção institucionalizada da arbitragem continua a trazer benefícios às organizações ainda que com um custo marginalmente superior dos bens e serviços que colocam à disposição dos clientes?

Por forma a confirmar, ou infirmar, a existência de uma vantagem competitiva para as empresas turísticas que aderissem, nas suas relações comerciais, a um sistema institucionalizado de arbitragem, em especial nos casos em que as relações comerciais são internacionais e põem em confronto diversos ordenamentos

⁶¹ Peteraf, M. A., Barney, J. B., *Unraveling the resource-based tangle*, managerial and Decision Economics, 24(4), 309-323, 2003.

jurídicos, procedeu-se à recolha de dados primários, na fonte e por questionário, quer relativos à oferta turística, quer relativos à procura, por forma a relacioná-los e aumentar o poder explicativo do estudo, o que implicou a utilização de uma técnica estatística de análise de dados.

4. Análise estatística

A recolha de dados para o estudo foi feita pela aplicação de inquéritos, por questionário, aos gestores de topo dos operadores turísticos, agências de viagem e hotéis de 4 e 5 estrelas da região do Algarve e ainda aos clientes/turistas. Procurou-se, na medida do possível, entrevistar operadores, agências e turistas com e sem experiência de litígios associados ao turismo. A opção pelo questionário deveu-se à sua objetividade e à capacidade de se obterem respostas de forma estruturada. Foram aplicados três questionários, um aos turistas, outro às agências e operadores turísticos, e outro ainda aos hotéis de 4 e 5 estrelas do Algarve.

Existem várias Técnicas de Análise Multivariada de Dados que são utilizadas na elaboração de investigações, com objetivos bem definidos, na área do turismo. Efetivamente, grande parte dessas técnicas insere-se no âmbito da classificação de dados, da redução da dimensionalidade e, sobretudo, na deteção de padrões de interesse em bases de dados mediante métodos fatoriais gráficos. Vulgarmente, os métodos fatoriais gráficos apresentam os resultados em forma de diagramas de dispersão, geralmente num sub-espaco de dimensão dois, ainda que a configuração original seja de dimensão maior. O primeiro problema a ter em conta é o número de dimensões necessárias para se obter uma representação adequada em dimensão reduzida. Porém, dado que a obtenção sequencial de cada um dos eixos da representação é idêntica à obtida do ajustamento conjunto de todos eles, é possível eleger o número de eixos necessários depois de realizar o cálculo da decomposição em valores singulares. Na literatura existem vários procedimentos que permitem a procura do número de dimensões necessárias para descrever de forma ótima a nuvem de pontos. Os métodos são descritos inicialmente para as Análises de Componentes Principais ou de Correspondências, mas podem estender-se, de acordo com Galindo & Cuadras,⁶² aos métodos BIPLLOT.

Na verdade, entre os métodos de Análise Multivariada de Dados, os métodos BIPLLOT têm sido fonte de contínuas contribuições para a ciência desde a sua

⁶² Galindo, M. P.; Cuadras, C. M., *Una extensión del método Biplot y su relación con otras técnicas*. Publicaciones de Bioestadística y Biomatemática. Universidad de Barcelona 17, 1986.

origem com Gabriel em 1971 sendo, no entanto, ainda pouco conhecidos no campo do turismo. Um BIPLLOT é uma representação gráfica de dados multivariados. Da mesma maneira que um diagrama de dispersão descreve a distribuição conjunta de duas variáveis, um BIPLLOT representa três ou mais variáveis.⁶³ O BIPLLOT aproxima a distribuição de uma amostra multivariada a um espaço de dimensão reduzida, normalmente de dimensão dois, e sobrepõe sobre a mesma representação as variáveis sobre as quais a amostra é medida. As representações das variáveis são normalmente vetores e coincidem com as direções que melhor descrevem as alterações individuais de cada variável. O prefixo "BI" refere-se à sobreposição, na mesma representação, de indivíduos e variáveis. Os BIPLLOT são úteis para descrever graficamente os dados ou para mostrar os resultados de modelos mais formais e, do ponto de vista do utilizador, são importantes porque a sua interpretação é baseada em conceitos geométricos simples, que fazem parte da cultura matemática, nomeadamente: a similitude entre indivíduos é uma função inversa da distância entre eles; as longitudes e os ângulos dos vetores que representam as variáveis interpretam-se em termos de variabilidade e covariabilidade, respetivamente; as relações entre indivíduos e variáveis interpretam-se em termos de produto escalar, isto é, em termos das projeções dos pontos "indivíduo" sobre os vetores "variável".

Galindo, em 1986, propõe o que denomina de HJ-BIPLLOT. Nesta representação particular, a interpretação dos indivíduos e das variáveis é a mesma, sem contudo se impedir que a busca das variáveis que determinam as diferenças entre os indivíduos se realize através de eixos fatoriais, isto é, interpretam-se as novas variáveis, combinações lineares das de partida, e interpretam-se as relações das mesmas com as variáveis observadas. A medida da relação entre os eixos da representação HJ-BIPLLOT e cada uma das variáveis observadas é denominada por Contribuição Relativa do Fator ao Elemento (variável), que representa a parte da variabilidade de cada uma das variáveis explicada pelo fator e interpreta-se da mesma forma que um coeficiente de determinação na Análise de Regressão. De facto, se os dados estão centrados, representa o coeficiente de determinação da regressão de cada variável sobre o eixo correspondente. Esta contribuição permite-nos saber quais são as variáveis mais diretamente relacionadas com cada eixo e, portanto, permite-nos conhecer as variáveis responsáveis pela colocação dos indivíduos sobre as projeções em cada um dos eixos. Como os eixos se constroem para que sejam independentes, a contribuição de cada um deles a cada variável é independente, portanto, é possível calcular a contribuição de um plano através da simples soma das contribuições dos eixos que o formam. Utilizamos, pois, estas Técnicas de Análise Multivariada, num contexto de redução da dimensionalidade, onde a representação gráfica dos

⁶³ Gabriel, K. R.; Odoroff, Ch. L., *Biplots in biomedical research*, *Statistic in Medicine*, Vol. 9, 469-485, 1990.

dados, através da metodologia HJ-BIPLLOT, permite explicar as relações existentes entre as práticas competitivas do negócio turístico. A justificação assenta na interpretabilidade e na observação de que a grande maioria dos resultados das análises de dados multivariados pode ser expressa por listas de indivíduos, de variáveis ou listas mistas de indivíduos e variáveis. Esta observação empírica tem como consequência a de que todos os resultados expressáveis desta forma podem, naturalmente, ser representados por configurações de marcadores de variáveis e indivíduos em BIPLLOT.

Estamos em crer que os resultados apurados constituem um auxílio nos processos de formulação e de execução de práticas turísticas mais eficientes, como também permitirão aferir das vantagens do recurso institucionalizado à arbitragem internacional.

4.1. Resultados obtidos

Em síntese, os dados obtidos mostram que, no setor do Turismo, faz sentido o recurso a um sistema institucional de arbitragem internacional, atenta a importância dada pelos inquiridos à competência do juiz e ao tempo despendido com o litígio, bem como evidenciam que as organizações turísticas beneficiam, em termos de desempenho e competitividade, da adesão voluntária a sistemas institucionais de arbitragem internacional, na medida em que os inquiridos valorizaram de forma categórica a rapidez de resolução (84%), apenas alcançável com a arbitragem do litígio. Por fim, mais se conclui que, ainda que as organizações turísticas tenham que colocar no mercado os seus bens/serviços a um custo marginalmente superior por terem aderido a um sistema institucional de arbitragem internacional continuam a beneficiar, por esse facto, de um desempenho e competitividade superiores, atenta a forma como os inquiridos mostraram uma predisposição para pagar o processo arbitral, com 68% a admitir esse pagamento.

Relativamente à disposição para pagar o custo do processo arbitral, o comportamento dos hotéis e das agências de viagem é algo semelhante. Com efeito, 58% dos hotéis e agências mostraram disponibilidade para pagar a arbitragem, sendo que as diferenças só surgem nos valores que estão dispostos a pagar. Neste capítulo, as agências mostraram uma predisposição maior para pagar valores mais elevados, porquanto 33% das agências estão dispostas a pagar 1,0% sobre o valor total da viagem, enquanto 42% dos hotéis se ficaram pelos 0,5% do preço da viagem.

Também quanto à perceção existente nos hotéis e agências sobre a disponibilidade do cliente/turista para pagar a existência de um processo arbitral, os resultados não são muito divergentes: a maioria dos hotéis e das agências considerou

que os turistas não pagariam por isso, embora as agências tenham sido um pouco mais céticas que os hotéis (59% e 51%, respetivamente). Destes dados extrai-se a óbvia e inegável conclusão de que quer os hotéis, quer as agências, desconhecem o comportamento dos seus clientes quanto à matéria em estudo, porquanto as respostas dos turistas deixaram claro uma inequívoca disponibilidade para pagar um processo arbitral, assumidos os seus benefícios, enquanto a oferta maioritariamente acha que os ditos turistas não pagariam por isso.

5. Conclusões

Em suma, poder-se-á dizer que a incorporação do atributo “*submissão do litígio a arbitragem*” no produto colocado no mercado é algo que a procura aprecia e valoriza e está mesmo disposta a pagar por ele cerca de 1% do preço total da viagem adquirida. Este facto, associado à representação que a mesma procura faz de uma eventual situação que exija o recurso a um tribunal para ser resolvida, em que 97% dos inquiridos respondeu não achar possível ter um problema desse tipo, permite-nos dizer que os resultados apurados identificam um *gap* até aqui desconhecido e que pode ser aproveitado pela oferta para maximizar os seus resultados. Assim, e em jeito de conclusão final, diremos que, para além das organizações turísticas beneficiarem, em termos de desempenho e competitividade, da adesão voluntária a sistemas institucionais de arbitragem internacional, constituindo uma vantagem competitiva, também pelo facto da procura e da oferta turísticas estarem disponíveis para pagar um processo arbitral, sem que a oferta tenha conhecimento disso, e ainda que as organizações turísticas tenham que colocar no mercado os seus bens/serviços a um custo marginalmente superior por terem aderido a um sistema institucional de arbitragem internacional, continuam a beneficiar, por esse facto, de um desempenho e competitividade superiores, comprovando-se que as empresas turísticas podem aumentar o preço do seu produto com fundamento na adesão a um sistema institucionalizado de arbitragem internacional e, assim, aumentar o lucro, porquanto a probabilidade de ocorrência de um litígio será sempre muito baixa.

Bibliografia

- Adegbesan, J. A., *On the origins of competitive advantage: strategic factor markets and heterogeneous resource complementary*, *Academy of Management Review*, 34(3), 463-475, 2009.
- Alpa, G., *L'arbitrato e la Risoluzione Stragiudiziale Delle Controversie*, em Guido Alpa/Vincenzo Vigoriti, *Arbitrato. Profili di Diritto Sostanziale e di Diritto Processuale*, 2003.
- Ansoff, H. I., *Corporate strategy: an analytic approach to business policy for growth and expansion*. New York, McGraw-Hill, 1965.
- Ansoff, H. I., *Critique of Henry Mintzberg's The Design School: Reconstructing the Basic Premises of Strategic Management*. *Strategic Management Journal*, Vol 12 (6), 449-461, 1991.
- Ascensão, J. O., *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Badiei, F., *Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features*, 2010.
- Barney, J. B., *Organizational Culture: Can It be a Source of Sustained Competitive Advantage?* *Academy of Management Review*, 1986.
- Barney, J. B.; Hesterly, W. S., *Administração Estratégica e Vantagem Competitiva*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- Barrocas, M. P., *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010.
- Barrocas, M. P., *A Razão Por Que Não São à Arbitragem nem os Princípios nem o Regime Legal do Processo Civil*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Jul./Dez., Lisboa, 2015.
- Brandenburger, A.; Stuart, H. W., *Value-based business strategy*, *Journal of Economics & Management Strategy*, 5(1), 5-24, 1996.
- Brunet, E. J., *Arbitration Law in America: a Critical Assessment*. Cambridge University Press, 2006.
- Buhalis, D.; Costa, C., *Tourism Management Dynamics*, Butterworth Heineemann, 2005.
- Calil, C. F. E., *Posicionamento Social e Desempenho Financeiro: Uma Análise na Indústria Bancária Brasileira a partir de uma Tipologia Proposta* (Doctoral dissertation, PUC-Rio), 2006.
- Carnelutti, F., *Arbitri ed Arbitratori*, *Revista de Processo Civil I*, 1924.
- Caves, R. E., *Economic analysis and the quest for competitive advantage*. *The American Economic Review*, 74(2), 127-132, 1984.
- Chiovenda, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1934.
- Coulson, R., *Survey of International Arbitration Procedures* in *New York LJ*, 1981.
- Cordeiro, A. M., *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015.
- Danvillier, J., *La Jurisdiction Arbitrale de l'Église dans le Décret de Gratien*, 1956.

- Davis, B. G., *The color line in international commercial arbitration: An American perspective*. Am. Rev. Int'l Arb., 14, 461-571, 2003.
- Drahozal, C. R., *Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration*. Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 22, No. 2, 2006.
- Fan, K., *Arbitration in China: a Legal and Cultural Analysis*. Bloomsbury Publishing, 2013.
- Fouchard, P., *L'arbitrage Commercial International*. Dalloz, 1965.
- Fumichon, B. L., *La Passion de la République Française pour l'Arbitrage*, 2014.
- Gabriel, K. R.; Odoroff, Ch. L., *Biplots in biomedical research*, Statistic in Medicine, Vol. 9, 469-485, 1990.
- Galindo, M. P.; Cuadras, C. M., *Una extensión del método Biplot y su relación con otras técnicas*. Publicaciones de Bioestadística y Biomatemática. Universidad de Barcelona 17, 1986.
- Garelli, S., *The Four Fundamental Forces of Competitiveness*, The WorldCompetitiveness Year Book, 1997.
- ICC Booklet, *Rules of Arbitration and Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, P. 7, France, 2005.
- Jaeger, J. D., *Die Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit im Zuge der nationalen Reformen*, Frankfurt, 2001.
- Jafari, J., *Structure of tourism*, in S. F. Wit and L. Moutinho, *Tourism Marketing and management Handbook*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1989.
- Katsh, E., Rifkin, J., & Gaitenby, A., *E-commerce, E-disputes, and E-dispute resolution: in the shadow of eBay law*. Ohio St. J. on Disp. Resol., 15, 705, 1999.
- Katsh, E., & Wing, L., *Ten years of online dispute resolution (ODR): Looking at the past and constructing the future*. U. Tol. L. Rev., 38, 19, 2006.
- Kierkegaard, S., *Online Alternative Dispute Resolution, Information Obligations in EC E-Commerce Law* in R. Nielsen, S. Sandfeld Jakobsen, and J. Trzaskowski, eds., *EU Electronic Commerce Law (2004)* 180, 2004.
- Krugman, P., *Competitiveness: An International Economics Reader*, Council on Foreign Relations: United States, 1997.
- Lera, S. G., *El Ambito de Aplicación del Arbitraje*, Aranzadi, 1998.
- Levitt, T., *Marketing Success Through Differentiation of Anything*, Harvard Business Review Janeiro-Feveireiro, 1980.
- Mimoso, M. J., *Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas Provisórias e Cautelares*, Quid Juris, 2009.
- Mintzberg, H., *Generic Strategies: Toward a Comprehensive Framework*, in R.B. Lamb and P. Shivastava (eds.) *Advances in Strategic Management*, JAI Press, 1988.
- Mintzberg, H., *Research Notes and Communications – Learning I, Planning 0*

- Reply to Igor Ansoff*. Strategic Management Journal, Vol 12 (7), 463-466, 1991.
- Mintzberg, H.; Quinn, J. B., *O processo da estratégia*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.
- Nouel, G. L., *Le Droit Français de l'Arbitrage*, 1983.
- Peteraf, M. A., Barney, J. B., *Unraveling the resource-based tangle*, managerial and Decision Economics, 24(4), 309-323, 2003.
- Pinheiro, L. L., *Arbitragem Transnacional – A Determinação do estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005.
- Porter, M. E., *Industry structure and competitive strategy: Keys to profitability*. Financial Analysts Journal, 30-41, 1980.
- Porter, M. E., *Competitive Advantage: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, New York: The Free Press, 1985.
- Rumelt, R. P., *What in the world is competitive advantage*. Policy working paper, 105, 1-5, 2003.
- Teece, D. J.; Pisano, G.; Shuen, A., *Dynamic capabilities and strategic management*, Strategic Management Journal, 18(7), 509-533, 1997.
- Vicente, D. M., *Portugal e a Arbitragem Internacional*, Anuário Janus, 2004.
- Vilar, S. B., *Introducción a Comentarios a la Ley de Arbitraje/Ley de 23 de Diciembre , tras la Reforma de la Ley 11/2011 de 20 de Mayo*, 2ª ed, 2011.
- Yesilirmak, A., *Provisional measures in international commercial arbitration* (Doctoral dissertation), 2003.