

5.

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMERCIAL MODELO MED-ARB

Mariana Soares David ^(*)
António Júdice Moreira ^(**)

Tópicos em análise: Cláusulas escalonadas med-arb; Mediador-árbitro; Princípio da confidencialidade da mediação; Intervenção de terceiros na arbitragem; Arbitragens complexas.

A Requerente Sociedade Agro-Resort, S.A. (“Agro-Resort”) é uma sociedade portuguesa que tem por objeto a exploração hoteleira e agrícola, designadamente, a gestão e exploração de estabelecimentos hoteleiros e a cultura de frutos em árvores e arbustos, de forma sustentada e ecologicamente responsável. A Requerente tem um posicionamento ecológico, opondo-se publicamente à cultura agrícola intensiva cada vez mais comum em Portugal (designadamente no sudoeste alentejano) e no mundo, e é credenciada com todos os certificados de gestão ambiental da série ISO 9001 e ISO 14000.

A Requerente Agro-Resort oferece aos seus hóspedes uma farm experience, com a possibilidade de experienciar todas as etapas da produção agrícola e com workshops de permacultura, como solução para agricultura biológica e ecologicamente sustentável.

A Requerida Bioma Construção, S.A. (“Bioma”) é uma sociedade portuguesa que se dedica ao design e construção de projetos de exploração agrícola

.....
^(*) Advogada Sénior na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

^(**) Advogado Sénior na PLMJ Advogados.

•

e estabelecimentos hoteleiros ecológicos. A Bioma tem uma experiência relevante no mercado internacional, mais concretamente com projetos premiados na África do Sul, Chile e países nórdicos, onde goza de excelente reputação pela garantia de projetos que aliam a agricultura biológica com eco-turismo, tendo recentemente sido nomeada para o prémio “Best Luxury Eco-Resort” de uma prestigiada publicação europeia.

A Agro-Resort lançou um concurso internacional para a construção de um projeto hoteleiro ecológico de luxo e de agricultura biológica na Costa Vicentina no litoral Alentejano. O caderno de encargos, inter alia, determinava que os projetos hoteleiro e agrícola obedecessem às melhores práticas ambientais, sendo fundamental a conformação e elegibilidade com as normas ISO 9001 e ISSO 14000, pressupostos para a obtenção da certificação ecológica internacional, fundamental para o posicionamento do projeto agro-hoteleiro.

A Bioma ganhou o concurso internacional, tendo celebrado com a Agro-Resort, em 8 de fevereiro de 2021, um contrato de projeto e construção de um estabelecimento hoteleiro de luxo com 30 bungalows e de um projeto agrícola de 80 hectares, destinados à cultura de frutos silvestres (designadamente amora, framboesa e mirtilos), no valor de quarenta milhões de euros. Nos termos do referido contrato, a Bioma obrigou-se a projetar e a construir tanto o estabelecimento hoteleiro como a infraestrutura agrícola, na modalidade empreitada por preço global, no prazo de 24 meses contados desde a adjudicação da empreitada.

Neste contexto, em 21 de junho de 2021, a Bioma celebrou com a sociedade Dinamarquesa Climate greenhouses Co. (“Climate”) um contrato de fornecimento e construção de 400.000 m² de estufas para cultura de frutos vermelhos, com capacidade instalada até 800 toneladas de fruta por ano. Este contrato foi celebrado por um valor de três milhões de euros e um prazo de 8 meses.

A Climate destaca-se no mercado internacional por ter desenhado a perma-greenhouse um tipo de estufas ecológicas, obedecendo a princípios de permacultura que garantem a otimização de produção agrícola sem prejudicar a biodiversidade natural do ecossistema.

Em 5 de outubro de 2021, Inger Andersen, Diretora Comercial da Climate, enviou um e-mail à Bioma para informar que o sucesso da perma-greenhouse tinha provocado uma rutura de stock que implicaria um aumento do prazo de entrega, de 4 para 6 meses, bem como um aumento do preço na ordem dos 25%. Em alternativa, a Climate sugeriu à Bioma a substituição das estufas perma-greenhouse contratadas pelo sistema eco-greenhouse, com especificações semelhantes. A Diretora Comercial da Climate admitiu que o sistema eco-greenhouse não tinha ainda certificado ISO 14001, mas assegurou que o mesmo estava pendente e seria obtido até ao final de 2021. Com base neste pressuposto, a Bioma aceitou a proposta de substituição.

•

Assim sendo, no dia 21 de dezembro de 2021, a Climate entregou à Bioma em obra 400.000 m² de estufas eco-greenhouse para construção, montagem e integração na infraestrutura agrícola.

No dia 4 de janeiro de 2022, a Agro-Resort enviou uma reclamação escrita à Bioma relacionada com o fornecimento das estufas, sublinhando a sua desconformidade com a certificação ISO 14001, a violação das especificações técnicas da empreitada e o facto de esta situação prejudicar o posicionamento do resort. Nessa mesma comunicação escrita, a Agro-Resort exigiu, pois, a substituição imediata das estufas fornecidas.

A Bioma respondeu por escrito à reclamação da Agro-Resort em 12 de janeiro de 2022, informando que a perma-greenhouse tinha tido uma rutura de stock e que só seria possível fornecer essas estufas a partir de setembro de 2022 e apenas 200.000 m², o que não só prejudicaria a calendarização da obra e abertura do hotel, mas sobretudo a capacidade agrícola projetada. A Bioma, nessa mesma resposta, assegurou à Agro-Resort que o modelo eco-greenhouse tinha especificações técnicas muito semelhantes ao modelo perma-greenhouse, e que só não tinha certificação ISO 14001 em razão da utilização de um sistema de ventilação diferente, mas que essa circunstância não deveria prejudicar a certificação do resort.

Dois dias depois, a Agro-Resort respondeu, também por escrito, informando a Bioma que, face à impossibilidade de fornecimento anunciada e a estes esclarecimentos adicionais, aceitava o fornecimento das estufas eco-greenhouse, condicionada a um desconto de 1,5% no valor global do contrato e à obtenção da certificação ISO 14001 para o modelo de estufa eco-greenhouse. A Agro-Resort esclareceu ainda que, em caso de incumprimento destas condições, exerceria as penalidades contratualmente previstas por incumprimento contratual.

A Bioma, confiando na obtenção da ISO 14001 pela Climate, aceitou a revisão dos termos contratuais proposta pela Agro-Resort e as estufas foram instaladas e integradas na infraestrutura agrícola.

No início de dezembro de 2022, na sequência das vistorias realizadas pelos técnicos da Câmara Municipal de Odemira para emissão de licença de exploração hoteleira e da inspeção ambiental para obtenção do certificado ecológico, a Agro-Resort teve conhecimento de que a licença de exploração hoteleira só seria emitida no segundo trimestre de 2023 e de que o certificado ecológico estava prejudicado pela verificação de inconsistências graves nas estufas, por falta de conformação com a ISO 14001.

Posto isto, em 19 de dezembro de 2022, a Agro-Resort enviou uma carta com aviso de receção à Bioma, através da qual veio informar que as estufas teriam de ser substituídas e reinstaladas no prazo máximo de 30 dias, por forma a garantir a entrega da obra no prazo contratualmente previsto, sob pena de aplicação das penalidades contratualmente previstas.

•

A Bioma respondeu em 21 de dezembro de 2022, afirmando ser impossível concretizar a substituição e reinstalação no prazo solicitado, e informando que necessitaria de pelo menos 4 meses para o efeito.

A obra foi apresentada para inspeção e recepção provisória no dia 20 de janeiro de 2023, estando completa a construção dos bungalows, edifícios de apoio, equipamentos hoteleiros, bem como toda infraestrutura agrícola, exceto as estufas, cuja substituição se encontrava ainda em curso.

No dia 25 de janeiro de 2023, a Agro-Resort enviou à Bioma uma carta registada com aviso de recepção por meio da qual reclamava uma indemnização global no valor de dois milhões de euros exclusivamente por penalizações decorrentes da não entrega da obra nos prazos contratualmente previstos.

A Bioma respondeu, no dia 14 de fevereiro de 2023, acusando a Agro-Resort de má-fé por (i) ter aceitado o fornecimento das estufas eco-greenhouse com desconto de 10% apesar de saber do risco de não conformação com o ISO 14001 e (ii) não se ter oposto à substituição das estufas no prazo de 4 meses, rejeitando qualquer atraso na entrega da obra.

Do Contrato entre a Agro-Resort e a Bioma constava uma cláusula de resolução de conflitos com o seguinte teor:

Cláusula 22.^a

1. Na eventualidade de um litígio oriundo do presente contrato ou com ele relacionado, as partes comprometem-se a procurar uma solução amigável.
2. O litígio deverá ser sumariamente apresentado por escrito por uma das Partes à outra por meio de carta com aviso de recepção, caso o mesmo não seja resolvido amigavelmente no prazo de 15 dias contados desde a data constante do aviso de recepção ou devolução do mesmo, o conflito será dirimido nos termos seguintes:
3. As Partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).
4. Caso o litígio não seja resolvido em mediação, será definitivamente resolvido por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por três árbitros nomeados nos termos do Regulamento.
5. A mediação e a arbitragem terão lugar em Lisboa
6. A mediação e a arbitragem adotarão a língua portuguesa, embora a língua inglesa possa ser usada como língua de trabalho.
7. As Partes excluem a aplicabilidade das disposições sobre o Árbitro de Emergência.

•

8. As partes aceitam a intervenção de terceiro ou apensação de processos arbitrais desde que seja referente a litígio relacionado com o presente contrato e sujeito a cláusula de resolução de conflitos compatível.

No dia 15 de fevereiro de 2023 a Agro-Resort apresentou um Requerimento de Arbitragem junto do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa reclamando uma indemnização global no valor de sete milhões de euros, sendo dois milhões de euros a título de penalidades contratuais pelo não cumprimento do prazo de entrega da obra e cinco milhões de euros por danos patrimoniais e reputacionais provocados pelo atraso na abertura da unidade hoteleira, direta e exclusivamente relacionado com a não conformação das estufas com a certificação ISO 14001.

Tendo em conta a factualidade descrita responda às questões que a seguir se colocam.

- a. O que responderia ao Requerimento de Arbitragem apresentado pela Agro-Resort, tendo em consideração, especificamente, as consequências do incumprimento da convenção de mediação?

Tendo a mediação e a arbitragem sede em Portugal, os respetivos procedimentos serão regulados pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril — Lei da Mediação — e pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro — LAV⁽¹⁾.

O contrato celebrado entre a Agro-Resort e a Bioma continha uma cláusula de jurisdição escalonada, impondo, primeiro, a tentativa de resolução do litígio por mediação e, em caso de frustração ou insucesso, por arbitragem. O recurso prévio à mediação assume pois, neste caso, carácter imperativo, conferido por acordo das partes, plasmado no contrato.

A cláusula 22.^a do contrato constitui uma convenção de mediação seguida de arbitragem (vulgo, “convenção de *med-arb*”), que se reputa válida, por ter sido adotada a forma escrita, em cumprimento do

⁽¹⁾ Cfr. artigo 10.º da Lei da Mediação e artigo 61.º, n.º 1, da LAV.

•

disposto no artigo 12.º, n.º 2, da Lei da Mediação e no artigo 2.º, n.ºs 1 a 5, da LAV.

O litígio em causa tem por objeto a responsabilidade do empreiteiro por atraso e não conformação com as especificações técnicas do contrato de empreitada e, por conseguinte, enquadra-se no âmbito de aplicação da cláusula 22.^a do contrato e, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, da Lei da Mediação, pode ser objeto de mediação (*mediabilidade*).

Sucedeu que, no caso, a Agro-Resort optou por submeter diretamente o caso a arbitragem, sem antes apresentar *Requerimento de mediação* para resolução do litígio por mediação, conforme previsto e imposto no contrato. Esta atuação representa um claro incumprimento da convenção de mediação que as partes assinaram, cujas consequências importa analisar.

Existem, em suma, dois tipos de consequências: (i) a **penalização da parte que incumprir a cláusula de resolução de litígios** e (ii) a **afetação do processo arbitral**.

A propósito da primeira das consequências enunciadas, até 2013, na ausência de qualquer outra consequência legal para o incumprimento deste tipo de cláusulas, era praticamente unânime que a violação da cláusula de mediação tinha apenas como efeito a responsabilidade obrigacional da parte inadimplente. A grande questão colocava-se, contudo, quanto à prova do nexo de causalidade entre o facto ilícito (a preterição da mediação) e o dano ⁽²⁾. Para ultrapassar esta dificuldade, o dano resultante da violação da cláusula de mediação passou a ser qualificado como um “dano de perda de chance”, traduzido na frustração da oportunidade de poder vir a alcançar um acordo, e não como um dano emergente causado pela circunstância

.....

⁽²⁾ Tal como explicam Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 86), “na ausência de previsão de uma cláusula penal, seria sempre muito difícil provar a ocorrência de danos resultantes do facto ilícito de preterição da mediação, uma vez que, ainda que a solução judicial a que se tenha chegado pudesse ser mais dispendiosa e demorada do que a obtida por via de mediação, seria virtualmente impossível provar que se teria alcançado acordo através desta via”.

de as partes não terem chegado a acordo. Esta nova configuração do tipo de dano facilita a prova do nexo de causalidade ⁽³⁾.

A propósito da segunda das consequências enunciadas, relacionada com a afetação do andamento do processo arbitral como consequência da preterição de convenção de mediação com carácter obrigatório, e cumulável com o acima referido pedido de indemnização:

a) Até 2013, propunha-se a extinção da instância arbitral, por se entender que estávamos perante uma exceção dilatória de incompetência do tribunal arbitral. Porém, também esta hipótese deixou de fazer sentido, na medida em que a Lei da Mediação passou a prever uma consequência processual menos radical para este tipo de situações ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

b) Com a entrada em vigor da Lei da Mediação, em 2013, a solução legal passou a ser a suspensão da instância e o encaminhamento das partes, pelo tribunal, para o procedimento de mediação (artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação). Não obstante, não impende sobre o juiz um qualquer dever oficioso de proceder a esse encaminhamento. A suspensão da instância e a remessa para o processo de mediação ficam dependentes de requerimento do réu, deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa (artigo 12.º, n.º 4, *in*

⁽³⁾ Nas palavras de Francisco Novais (2018, p. 76), “a parte lesada já não tem de provar que, em conjunto com a contraparte, alcançaria o acordo no âmbito do processo de Mediação, mas apenas que existia uma forte probabilidade de este ser alcançado e de se poder evitar o processo judicial se a Mediação tivesse ocorrido. O juiz, confrontado com um pedido de indemnização com fundamento na perda da oportunidade em se obter o acordo na Mediação e evitar o julgamento deverá fazer uma análise casuística da real probabilidade do acordo poder ter sido alcançado nesse meio e, consequentemente, do julgamento ser evitado com todos os custos que lhe são inerentes. Essa análise terá de incidir, entre muitos outros aspetos, no número de sessões de mediação realizadas, nas propostas que foram apresentadas e no litígio que está em causa”.

⁽⁴⁾ Cfr. artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação.

⁽⁵⁾ Sublinhe-se ainda que, no âmbito do Código de Processo Civil, a preterição das convenções de mediação não é equiparada, por exemplo, à preterição de tribunal arbitral. Esta última conduz, nos termos do artigo 96.º, alínea *b)*, do Código de Processo Civil, à incompetência absoluta do tribunal judicial, embora esteja dependente de arguição pelas partes (artigo 97.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

•

fine, da Lei da Mediação). Não sendo o vício invocado pelo réu nestes termos, considera-se que este abdica do direito potestativo de constituição do processo de mediação ⁽⁶⁾. Esta renúncia impede que a parte que não invocou o vício possa, mais tarde, vir responsabilizar a contraparte pela não realização da sessão de mediação, sob pena de atuar em abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*.

Para garantir que a violação da convenção de mediação é sancionada, as partes poderiam ter fixado uma cláusula penal compulsória que as obrigasse a observar a cláusula de mediação, sob pena de compensação. Esta solução teria ainda a virtualidade de resolver a dificuldade, bastante frequente neste tipo de situações, de quantificação dos danos sofridos com o incumprimento da cláusula de mediação.

b. Admitamos agora que a Agro-Resort submeteu o caso a mediação e que a Bioma aceitou, tendo as partes escolhido por acordo o Sr. David Orr para atuar como mediador, mas que, no processo de mediação, apenas chegam a acordo quanto à matéria das penalidades pelo atraso na entrega da obra. A Agro-Resort e a Bioma decidiram resolver as questões sobre as quais não chegaram a acordo através de arbitragem e pretendem escolher como árbitro único o mesmo Sr. David Orr, que já os conhece e conhece o assunto. Consideram que essa circunstância fará com que o procedimento arbitral seja mais célere e eficaz.

Esta solução por acordo é possível?

A solução seria diferente se o procedimento de mediação não estivesse sujeito ao Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa?

Antes de mais, cumpre identificar e caracterizar a **figura do mediador-árbitro** (*i.e.*, o terceiro imparcial e independente escolhido pelas

.....

⁽⁶⁾ Neste sentido, afirmam Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 85), que “[s]e o réu não invocou a existência de uma convenção de mediação até ao momento em que tenha apresentado o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, tal significa que não pretende dela prevalecer-se, renunciando ao direito potestativo que tinha de promover a constituição da mediação”.

•

partes para atuar, primeiro, como mediador e, em seguida, como árbitro, no âmbito do mesmo litígio) e fazer um breve enquadramento relativamente à sua admissibilidade.

No ordenamento jurídico português não existe qualquer disposição legal sobre a figura do *mediador-árbitro* e, por conseguinte, é discutível se essa figura é admissível ao abrigo do Direito português. Mas será que a ausência de proibição expressa significa permissão? A resposta não é isenta de discussão.

Nos termos do artigo 13.º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre mediação comercial internacional e acordos de mediação internacionais resultantes de mediação, de 2018 (adiante, “Lei Modelo da Mediação”), esta prática apenas é admitida se acordada entre as partes⁽⁷⁾, embora a regra geral seja a inversa. Com efeito, esta solução vem reconhecer uma prática que já é frequente em vários outros países⁽⁸⁾.

No Código Deontológico do Árbitro da Associação Portuguesa de Arbitragem também não existe qualquer disposição relativa ao *mediador-árbitro*, embora se devam sempre ter por aplicáveis as suas obrigações de independência e imparcialidade, bem como a necessidade de revelação, mesmo que redundante, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, alínea *c*), informando as partes do conhecimento prévio que teve do objeto da disputa.

Ainda no âmbito do Código Deontológico do Árbitro da APA, e considerando o seu artigo 1.º, n.º 3, sempre deverão ser tomadas em linha de conta as Diretrizes da *International Bar Association* relativas

⁽⁷⁾ Artigo 13.º da Lei Modelo da Mediação: “*Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.*”. O texto atualizado da Lei Modelo da Mediação está disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf (acesso em 29.03.2021).

⁽⁸⁾ Exemplos disso mesmo, são, entre tantos outros, o Canadá [cfr. artigo 6.º do *International Commercial Arbitration Act*, RSNB 2011, c 176, disponível em <https://www.canlii.org/en/nb/laws/stat/rsnb-2011-c-176/latest/rsnb-2011-c-176.html> (acesso em 31.03.2021)] e Singapura [cfr. artigo 63.º, n.º 4, do *Arbitration Act*, disponível em <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001> (acesso em 31.03.2021)].

•

a Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional, que admitem a figura *mediador-árbitro* no *general standard 4 (d)* desde que as partes o consintam expressamente.

O Código Europeu de Conduta para Mediadores também nada refere quanto à figura do *mediador-árbitro*, embora esta matéria possa cair no escopo do artigo 2.º, na medida em que a sua atuação como mediador possa afetar a sua independência e imparcialidade.

Relevante também o facto de neste Código de Conduta, à semelhança da LAV portuguesa, não estar determinado o critério que deve ser usado pelo mediador na análise das circunstâncias que possam afetar a sua independência e imparcialidade, ao passo que outros instrumentos, *inter alia*, o Código Deontológico do Árbitro ou os Regulamentos de Arbitragem e Mediação do CAC, preveem que nessa análise os mediadores ou árbitros se coloquem na posição das partes, revelando todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência “na perspetiva das partes”⁽⁹⁾.

Todavia, mesmo nos ordenamentos jurídicos que preveem a possibilidade de as partes escolherem uma mesma pessoa para desempenhar os papéis de mediador e árbitro, é reconhecida a sua difícil compatibilização com vários dos princípios basilares da mediação e da arbitragem, razão pela qual a regra é, frequentemente, a sua proibição, salvo acordo diferente das partes. Importa, pois, identificar quais os princípios que aconselham a proibição desta prática e de que maneira podem os mesmos ser afetados pela figura do *mediador-árbitro*:

i) Princípio da Confidencialidade (artigo 5.º da Lei da Mediação)

Em primeiro lugar, é difícil compatibilizar a figura do *mediador-árbitro* com o princípio da confidencialidade da mediação. Este princípio encontra consagração no artigo 5.º da Lei da Mediação, considerado um dos princípios basilares da mediação. Ora, um dos

.....

⁽⁹⁾ Vide Código Deontológico do Árbitro; artigo 4.º, n.º 1; Regulamento de Arbitragem do CAC, artigo 10.º, n.º 2; e Regulamento de Mediação do CAC, artigo 15.º, n.º 4.

•

•

corolários deste princípio da confidencialidade da mediação consiste, precisamente, na impossibilidade de valoração do conteúdo das sessões de mediação em contexto jurisdicional, judicial ou arbitral. Nesse sentido, dispõe-se claramente no artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação que “*o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem*”.

No entanto, o certo é que, ao elencar os impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade, o artigo 28.º da Lei da Mediação não proíbe que o mediador atue como juiz ou como árbitro numa causa relacionada com o objecto da mediação, pese embora pudesse tê-lo feito. Alguns autores entendem que esta circunstância determina a admissibilidade da figura do árbitro-mediador no ordenamento jurídico português, mas apenas no que diz respeito à arbitragem ⁽¹⁰⁾. Segundo estes, o mediador estaria impedido de intervir posteriormente no litígio enquanto juiz, por força da alínea *c*) do artigo 115.º do Código de Processo Civil (CPC), que não abrange — pelo menos, textualmente — os árbitros.

Com efeito, de acordo com este preceito do CPC, nenhum juiz pode exercer as suas funções, em jurisdição contenciosa ou voluntária, “*quando haja que decidir questão sobre que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente*”; e, tendo em conta a amplitude de poderes do mediador, é possível, senão mesmo provável, que este não se tenha pronunciado de algum modo sobre a questão em causa. Já no âmbito da LAV não encontramos regra semelhante. Aliás, a parte final do artigo 13.º, n.º 3, da LAV indica precisamente o oposto, ao prever que “*um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação*”. Assim, nas situações como a da nossa hipótese, em que as partes decidem

.....

⁽¹⁰⁾ Neste sentido, entre outros, *vide*, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 167).

•

designar, após a sua participação no procedimento de mediação, o mediador como árbitro do litígio, isso deveria ser um indício suficiente de que consideram que o árbitro reúne as condições de imparcialidade e de independência que são necessárias para o desempenho da sua função. Para Dulce Lopes e Afonso Patrão ⁽¹¹⁾ é, portanto, possível que o mediador possa vir a ser árbitro no âmbito do mesmo litígio, desde que se garanta que “o que ocorreu no procedimento de mediação não pode ser utilizado na decisão arbitral”.

Parece-nos, contudo, que, se admitirmos esta figura, não será ontologicamente possível garantir que o árbitro não irá valorar o conteúdo das sessões de mediação, sendo muito provável que isso venha — consciente ou inconscientemente — a suceder. A título de exemplo, pense-se naquelas situações em que uma das partes tenha confessado, durante as sessões de mediação ou durante as sessões privadas (*caucus*), não ter razão no litígio. Pergunta-se: como conseguirá o árbitro fazer “tábua rasa” dessa informação e, eventualmente, vir depois a decidir em sentido diferente? ⁽¹²⁾

Por outro lado, importa analisar se este artigo 5.º da Lei da Mediação pode ser derogado por vontade das partes ou se, pelo contrário, constitui uma regra imperativa ⁽¹³⁾. A favor da possibilidade de derrogação pelas partes militam o princípio da voluntariedade, que deve presidir a todo o processo de mediação, e um entendimento restritivo do princípio da confidencialidade, limitado apenas à proteção das partes e, por isso, plenamente derogável por acordo. A favor da imperatividade poder-se-ia argumentar: (i) a importância da regra em causa, (ii) a confidencialidade não é apenas um direito e dever das partes mas também um dever do mediador, pelo que, deontologicamente, não fará sentido que este possa abdicar de um dever de atuação profissional que protege também o próprio processo de mediação, por mera decisão das partes,

.....
⁽¹¹⁾ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 168).

⁽¹²⁾ Colocando a mesma questão, *vide*, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 168).

⁽¹³⁾ Favoravelmente à possibilidade de derrogação pela vontade das partes, entre outros, *vide*, Rossana Martingo Cruz (2011, p. 84). Em sentido contrário, defendendo a sua imperatividade, entre outros, *vide*, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 43).

•

•

e (iii) é esta a interpretação mais conforme com a letra da lei, na medida em que o legislador não previu essa exceção, contrariamente ao que fez, por exemplo, com as razões de ordem pública ⁽¹⁴⁾.

ii) Princípio da Confiança

A figura do *mediador-árbitro* conflitua também com o princípio da confiança, outro princípio basilar da mediação, já que o sucesso deste meio de resolução de litígios depende, em larga medida, da confiança que as partes depositam, em particular, no mediador. Como referem Dulce Lopes e Afonso Patrão ⁽¹⁵⁾, “[c]omo é evidente, caso as partes soubessem que os factos que confessarem na mediação — por vezes individualmente perante o mediador, no caso de uso da técnica de *caucus* — seriam contra si utilizados na arbitragem (pelo facto de o mediador/árbitro eventualmente não ser sujeito aos deveres de confidencialidade), nunca participariam na mediação de forma franca e aberta, em termos adequados ao respetivo sucesso”.

De resto, o princípio da confiança encontra-se intrinsecamente ligado ao princípio da confidencialidade, pois só existe confiança se as partes tiverem a certeza de que tudo aquilo que disserem no âmbito da mediação não poderá, mais tarde, ser usado contra si, por exemplo, no âmbito de um futuro processo judicial ou arbitral.

Por outro lado, a preservação dessa confiança não se basta com um controlo meramente formal do decurso do procedimento arbitral; mais difícil se revela o controlo da própria convicção do árbitro. Com efeito, se determinado árbitro tiver previamente atuado como mediador, como se controla, por exemplo, se a decisão arbitral foi exclusiva ou majoritariamente baseada numa convicção formada durante as sessões de mediação, e não na prova produzida no processo arbitral? ⁽¹⁶⁾

.....

⁽¹⁴⁾ No mesmo sentido, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 44).

⁽¹⁵⁾ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 169).

⁽¹⁶⁾ Nas palavras de Rui Patrício (2016, p. 45), “[i]mparcialidade é, essencialmente, neutralidade e indiferença em relação ao tema a decidir. Ora, neutralidade e indiferença — que já são por definição difíceis num juízo humano — podem

•

Partindo então do pressuposto de que é impossível controlar a origem da formação da convicção do árbitro, a solução poderá ser não permitir, sequer, que o problema se coloque, evitando que o árbitro assumira essa dupla qualidade.

iii) Princípio do *due process of law*

Finalmente, a figura do *mediador-árbitro* é difícil de compatibilizar com o direito a um processo justo e equitativo (*due process of law*), que deve presidir a qualquer processo arbitral. Segundo alguns autores, “o direito ao processo equitativo compreende ‘um núcleo normativo essencial que é transversal a todo o direito processual’ (aqui se incluindo a arbitragem) e cujos efeitos se estendem ‘a todas as instâncias de administração da justiça’ (onde naturalmente se incluem os tribunais arbitrais)”⁽¹⁷⁾. Deste modo, não existe apenas uma preocupação com a obtenção da tutela jurisdicional, mas também “com a configuração concreta que conduz à sua obtenção: essa configuração concreta do processo deve ser equitativa ou justa”⁽¹⁸⁾. Este princípio do *due process of law* encontra-se expressamente consagrado no artigo 30.º, n.º 1, da LAV.

Acresce que, para além dos princípios que vêm enumerados nesta norma, existem outros princípios fundamentais que deverão ser observados ao longo de todo o processo arbitral, em particular, os requisitos de independência e de imparcialidade que os árbitros devem garantir e declarar (artigos 9.º, n.º 3, e 13.º da LAV). Ora, a participação do árbitro, em momento anterior do processo de resolução do litígio que agora é chamado a decidir, e no qual pode ter tido acesso a informação unilateral e de natureza confidencial, parece, efetivamente pôr em causa este princípio essencial da arbitragem.

.....
definitivamente perder-se quando há um forte e condicionante conhecimento prévio (para mais, não equilibrado) do caso a decidir”.

⁽¹⁷⁾ Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis *apud* António Pinto Monteiro (2018, p. 4).

⁽¹⁸⁾ Rui Pinto (2009, p. 78).

•

Em suma, a admissibilidade da figura do *mediador-árbitro* pode ser justificada pela ausência de proibição expressa, pelo facto de esse impedimento não estar previsto no artigo 28.º da Lei da Mediação, pela aplicação exclusiva do artigo 115.º, alínea *c*), do CPC, aos magistrados judiciais (pelo menos numa interpretação puramente literal) e pela aparente permissão resultante do artigo 13.º, n.º 3, da LAV. Não obstante, poder-se-á argumentar, em sentido contrário, *(i)* a incompatibilidade desta figura com o princípio da confidencialidade da mediação, numa interpretação extensiva do artigo 28.º da Lei da Mediação, já que não se vislumbra qualquer razão justificativa para que aos árbitros sejam aplicáveis exigências de imparcialidade diferentes e menos exigentes do que as previstas, por exemplo, para as testemunhas e peritos (pelo que, não havendo razão para distinguir, por identidade ou por maioria de razão, deve o mesmo impedimento ser aplicável aos árbitros) e *(ii)* a necessária aplicação analógica, aos árbitros, do disposto no artigo 115.º, alínea *c*), do CPC, pois o que for suscetível de afetar a imparcialidade de um juiz, será também, necessariamente, suscetível de afetar a imparcialidade de um árbitro. Neste sentido referem Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto, em comentário a esta alínea: “[v]isa-se, em qualquer dos casos vedar a intervenção do juiz que já comprometeu a sua opinião com os factos subjacentes à lide ou com a posição de um dos lados em conflito” ⁽¹⁹⁾.

Por último, não é despreciando olhar para o que a este propósito se prevê nalguns dos regulamentos de mediação e arbitragem mais utilizados pelos operadores jurídicos portugueses, sendo notória a clivagem entre regulamentos nacionais, mais restritivos, e regulamentos estrangeiros / internacionais, mais permissivos:

- Regulamento Mediação do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC-CCIP): proíbe expressamente esta figura, no seu artigo 4.º, n.º 2, enquanto decorrência do princípio da confidencialidade ⁽²⁰⁾;

⁽¹⁹⁾ José Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto (1999, p. 222).

⁽²⁰⁾ Disponível em https://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/1abr2021%20Regulamento%20de%20Mediao.pdf (acesso em 30.03.2021).

-
- Regulamento de Conciliação e Mediação da Concórdia — Centro de Conciliação, Mediação de Conflitos e Arbitragem (Concórdia): proíbe expressamente a atuação como árbitro de quem já tiver atuado na causa como mediador, no artigo 6.º, e inclui, no artigo 9.º, entre um elenco de impedimentos do mediador, a sua participação como árbitro, advogado, testemunha ou perito em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente e apenas parcialmente, com o objeto do procedimento de conciliação ou mediação ⁽²¹⁾;
- Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio Internacional (CCI): desaconselha-se, no artigo 10.º, n.º 3, o recurso à figura do *mediador-árbitro*, definindo-se, como regra supletiva, salvo acordo escrito das partes em sentido contrário, a proibição de atuação do mediador em qualquer processo judicial, arbitral ou similar relacionado com a disputa que seja ou tenha sido objeto da mediação, na qualidade de juiz, árbitro, perito, representante ou consultor de uma das partes ⁽²²⁾;
- *JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures*: mais uma vez como regra supletiva, nos termos da *Rule 28*, o mediador nomeado não pode atuar como árbitro no mesmo processo, exceto se as partes o decidirem ⁽²³⁾;
- *Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*: a proibição surge no *Article 7 (2)*, mais uma vez como regra derogável pelas partes, admitindo-se ainda, no *Article 14*, que as partes nomeiem o mediador como árbitro para confirmação do acordo obtido em mediação ⁽²⁴⁾;

.....

⁽²¹⁾ Disponível em <https://www.concordia.pt/regulamento-de-conciliacao-e-mediacao-1> (acesso em 30.03.2021).

⁽²²⁾ Disponível em https://www.icc-portugal.com/images/documentos/comissao_de_arbitragem/Arbitragem-Mediacao.pdf (acesso em 30.03.2021).

⁽²³⁾ Disponível em https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_comprehensive_arbitration_rules-2014.pdf (acesso em 30.03.2021).

⁽²⁴⁾ Disponível em https://sccinstitute.com/media/49819/medlingsregler_eng_web.pdf (acesso em 30.03.2021).

— *Swiss Rules of Mediation of the The Swiss Chambers of Commerce*: novamente, a mesma regra supletiva é estabelecida no *Article 11 (3)* ⁽²⁵⁾.

- c. A Agro-Resort tomou conhecimento do e-mail de 5 de outubro de 2021, enviado pela diretora comercial da sociedade Climate, Inger Andersen, à Bioma do qual resulta que a Bioma induziu em erro a Agro-Resort na matéria do fornecimento das perma-greenhouse. Com base nesta circunstância, o principal argumento da Requerente Agro-Resort é que Bioma agiu com má-fé. Está esta questão sujeita à convenção de *med-arb* constante do contrato celebrado entre ambos?

Em primeiro lugar, haverá que analisar a importância das limitações do escopo das convenções de mediação e de arbitragem. A delimitação do escopo de uma cláusula contratual é, antes de mais, uma questão de interpretação do negócio jurídico.

Em particular no que diz respeito às convenções de arbitragem, é importante não esquecer que a determinação do alcance material da convenção de arbitragem tem influência direta na competência do tribunal arbitral e até na validade e exequibilidade da própria sentença arbitral. Com efeito, será a própria definição do escopo da convenção que permitirá definir qual a extensão dos litígios que poderão ser conhecidos por aquele tribunal arbitral, podendo inclusive ser anulada a sentença arbitral quando se pronuncie sobre um litígio que não se encontre abrangido pela convenção de arbitragem [artigo 46.º, n.º 3, alínea *iii*], da LAV].

Ora, a principal especialidade da interpretação das convenções de mediação e de arbitragem deriva da natureza formal desses negócios, sujeitos por lei à forma escrita (artigo 2.º, n.º 1, da LAV e artigo 12.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei da Mediação), o que obriga à aplicação da regra

.....
⁽²⁵⁾ Disponível em https://www.swissarbitration.org/files/838/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Mediation%20Web%202019/mediation_2019_web-version_english.pdf (acesso em 30.03.2021).

•

prevista no artigo 238.º do Código Civil, de acordo com a qual a declaração não pode valer com um sentido que não encontre na própria convenção de mediação / arbitragem um mínimo de correspondência.

A ressalva constante do artigo 238.º, n.º 2, do Código Civil não será aplicável a estas convenções, pois, ainda que a partir da *vontade real das partes* se pudesse apurar outro sentido, seria necessário que as razões determinantes da forma do negócio não se opusessem à sua validade. E, como explica Carlos Ferreira de Almeida ⁽²⁶⁾ a propósito das convenções arbitrais, “[n]ão se vislumbra alternativa ao entendimento segundo o qual o núcleo das razões determinantes da forma escrita da convenção arbitral consiste exactamente na delimitação precisa do seu conteúdo, em especial do seu objecto, conferindo às partes e aos árbitros certeza e segurança acerca do âmbito das questões submetidas à jurisdição arbitral e, portanto, subtraídas à jurisdição estadual”. O mesmo se aplicando, por identidade de razão, às convenções de mediação.

Dito isto, vejamos: a questão que a Agro-Resort pretende incluir no procedimento de mediação e/ou de arbitragem prende-se com uma situação de alegado abuso de direito, na modalidade de *inalegabilidade formal*. A inclusão ou não desta questão na convenção de *med-arb* subscrita pelas partes, circunscrita a questões contratuais, resulta a um tempo da interpretação desta cláusula e da apreciação da natureza contratual ou extracontratual do abuso de direito.

A figura do abuso do direito encontra-se prevista no artigo 334.º do Código Civil. Na definição avançada por Menezes Cordeiro ⁽²⁷⁾, o abuso do direito é “exercício disfuncional de posições jurídicas”, podendo essa disfuncionalidade ser uma consequência da violação dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Podem ser múltiplas, e muito diferentes, as atuações jurídicas capazes de desencadear uma situação de abuso do direito. Por essa razão, alguns autores têm defendido não

.....
⁽²⁶⁾ Carlos Ferreira de Almeida (2008, p. 91).

⁽²⁷⁾ António Menezes Cordeiro (2005, p. 172).

•

ser possível a determinação, *a priori*, de um regime unitário que regule todas estas situações ⁽²⁸⁾; discutindo-se, entre outras consequências, se a atuação em abuso do direito deve dar origem a responsabilidade civil aquiliana ou a situações de paralisação do direito ⁽²⁹⁾.

Regressando ao caso concreto — e não esquecendo que esta análise deva ser realizada caso a caso, consoante a concreta modalidade de abuso do direito em apreço — estamos *in casu*, inequivocamente, perante uma situação de exercício disfuncional de uma posição jurídica contratual. Neste tipo de situações de *inelegabilidade formal* entende-se que a aplicação da figura do abuso do direito é ainda uma questão contratual, na medida em que conduz à paralisação de um direito que é tipicamente contratual, impedindo a parte que deu origem à nulidade do contrato por vício de forma de invocar esse mesmo vício *a posteriori* ⁽³⁰⁾.

Voltando à questão do escopo da convenção de *med-arb*, para este tipo de questões de “fronteira”, em que não é evidente aquilo que está ainda dentro e aquilo que já se encontrará fora do escopo da convenção de mediação e de arbitragem, alguns tribunais estrangeiros, nomeadamente os tribunais norte-americanos, têm recorrido à figura da *presumption of arbitrability*. Neste contexto, não obstante, estarmos perante uma presunção que é ilidível, tem-se entendido que se deverá presumir que as partes pretenderam submeter àquela arbitragem todos os litígios emergentes daquela relação contratual, por se considerar que será muito pouco provável que as partes pretendessem “fracionar” a resolução do seu litígio, resolvendo umas questões nos tribunais arbitrais e deixando as outras para os tribunais judiciais.

Creemos, contudo, que o problema poderá ser resolvido sem que se tenha de recorrer a qualquer tipo de presunção legal, bastando-nos as

.....
⁽²⁸⁾ A este propósito, afirma Oliveira Ascensão (2006, p. 619), que “[a] apresentação conjunta esconde mal a diversidade profunda do conteúdo. As tentativas de imposição dum regime comum só se poderão fazer sacrificando a singularidade substancial das categorias implicadas”.

⁽²⁹⁾ Sobre estas consequências, entre outros, *vide* Pedro Santos (2015).

⁽³⁰⁾ Neste sentido, entre outros, *vide*, Pedro Santos (2015, p. 229).

•

regras de interpretação aplicáveis aos contratos em geral. Nesse contexto, como é sabido, vigora entre nós a chamada *teoria da impressão do destinatário*, segundo a qual a declaração negocial deve ser interpretada com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, a menos que este não possa razoavelmente contar com ele (artigo 236.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, aplicando ao nosso caso este critério objetivo, tudo indica que se deva considerar que a questão relacionada com o abuso do direito se encontra ainda dentro do escopo desta convenção de *med-arb*, principalmente, quando estiver em causa o exercício inadmissível de uma faculdade contratual.

Sem prejuízo do anteriormente exposto, talvez se deva questionar se esta limitação decorrente da interpretação das cláusulas de resolução de litígios se deve aplicar, pelo menos com a mesma força, quando está em causa uma convenção de mediação. Naturalmente, se uma das partes quiser incluir um tópico que não está abrangido pela convenção de mediação, a outra não estará obrigada a aceitar a mediação. Todavia, sendo a voluntariedade e *empowerment* das partes características essenciais da mediação, não bastará que estas, mesmo que na pendência do processo de mediação, decidam incluir esse novo tópico.

d. No decurso do processo de mediação, a Agro-Resort e a Bioma chegam a acordo quanto a parte das questões que faziam parte da agenda da mediação, composta pelos interesses e necessidades que identificaram, e decidem iniciar um procedimento arbitral para resolução do resto das questões. A Bioma está particularmente empenhada nesta solução porque, no âmbito da mediação, tomou conhecimento do ofício da Câmara Municipal de Odemira com a derrogação da emissão da licença de exploração hoteleira para o segundo semestre de 2023 e pretende alegar e usar este facto para contestar a factualidade apresentada pela Requerente Agro-Resort.

Esta questão está relacionada com um dos princípios basilares de todo o processo de mediação: o princípio da confidencialidade (artigo 5.º

•

da Lei da Mediação). Este princípio tem, entre outras funções, a virtualidade de conferir e, posteriormente, de tutelar, a confiança das partes de que a informação que prestarem ao longo das sessões da mediação — seja em sessão conjunta, seja em sessão privada (*caucus*) com o mediador — não será valorada posteriormente em tribunal ou em arbitragem ⁽³¹⁾. Conforme ilustram Dulce Lopes e Afonso Patrão, “[c]omo é evidente, as partes nunca negociariam abertamente se a confissão de factos as viesse a prejudicar em tribunal, no caso de insucesso da mediação; ocultariam informação que poderia revelar-se fundamental à obtenção de um acordo. Isto é, a confidencialidade da mediação é necessária à criação de condições para que as partes possam, sem receios, num ambiente de boa fé e de verdadeira confiança, discutir abertamente os factos subjacentes ao litígio” ⁽³²⁾.

Com especial relevância para a nossa hipótese, prevê o artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação que o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal (judicial ou arbitral). Com efeito, o legislador português veio consagrar a proteção de todo o conteúdo das sessões de mediação, incluindo entre outros, as palavras dirigidas pelas partes e pelo mediador, os documentos trocados e as propostas de entendimento apresentadas pelas partes durante o processo de mediação ⁽³³⁾. Neste ponto, acabando por ir mais longe do que o previsto na Diretiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (adiante, Diretiva n.º 2008/52/CE), que limita o âmbito objetivo do dever de confidencialidade às “*informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação*” ⁽³⁴⁾.

Regressando novamente ao nosso caso prático, vemos que a Bioma pretende usar, no âmbito da arbitragem, factos favoráveis de que tomou

.....
⁽³¹⁾ Cfr. artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação, nos termos do qual “*Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem*”.

⁽³²⁾ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 40).

⁽³³⁾ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 41).

⁽³⁴⁾ Neste sentido, *vide*, entre outros, Dário Moura Vicente (2009, p. 115).

•

conhecimento durante o processo de mediação e dos quais, de outro modo, não teria conhecimento.

A utilização desses factos encontra-se, à partida, vedada pelo artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação, na medida em que esses factos dizem ainda respeito ao “*conteúdo das sessões de mediação*” e, por conseguinte, encontram-se cobertos pelo princípio da confidencialidade da mediação. O que basta para que se conclua que a situação em apreço se encontra abrangida pelo âmbito objetivo do dever de confidencialidade.

Todavia, antes de podermos concluir categoricamente pela proibição desta prática, importa também analisar se esta hipótese é subsumível ao âmbito subjetivo deste dever, tal como previsto no artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação. E o facto é que esta questão não é isenta de dúvidas, desde logo porque o artigo 5.º, n.º 1, da Lei da Mediação, logo depois de determinar, na sua primeira oração, a natureza confidencial ao processo de mediação, parece seguidamente restringir a vinculação deste dever ao mediador de conflitos. Esta ideia poderia sair reforçada pelo facto de a Diretiva n.º 2008/52/CE não vincular as partes a este dever, mas apenas os mediadores e os seus assistentes;⁽³⁵⁾ ou pela redação mais clara adotada noutros ordenamentos jurídicos como o alemão, em cuja lei da mediação se prevê expressamente que as pessoas envolvidas na mediação ficam sujeitas ao dever de confidencialidade⁽³⁶⁾.

Sem prejuízo do exposto, julgamos que a correta delimitação do escopo do dever de confidencialidade imposto pela Lei da Mediação terá de resultar de uma interpretação conjunta (e sistemática), dos vários parágrafos do artigo 5.º da Lei da Mediação, em particular, dos n.ºs 1 e 5. Ora, este n.º 5 prevê precisamente a impossibilidade de valoração do conteúdo das sessões de mediação nos tribunais judiciais e arbitrais, parecendo vincular, de forma genérica, todos os intervenientes do processo (*maxime*, as partes mediadas) a este dever de confidencialidade,

.....

⁽³⁵⁾ Cfr. artigo 7.º, n.º 1, da acima citada Diretiva n.º 2008/52/CE.

⁽³⁶⁾ Artigo 4.º da Lei da Mediação alemã (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außerg erichtlichen Konfliktbeilegung*), publicada em 25 de julho de 2012.

•

•

pois só essa vinculação genérica garante que o conteúdo das sessões de mediação não possa ser valorado fora do próprio processo de mediação. Para além disso, ainda que assim não fosse, sempre chegaríamos a idêntica conclusão por via do artigo 16.º, n.º 3, alínea *d*), da Lei da Mediação, no qual se estabelece que no momento da assinatura do protocolo de mediação tanto as partes como o mediador devem declarar que respeitarão o dever de confidencialidade.

Posto isto, na hipótese aventada, seria forçoso concluir que a Bioma estaria impossibilitada de usar os factos de que tinha tomado conhecimento durante o processo de mediação, encontrando-se, em qualquer caso, o tribunal arbitral proibido de os valorar, em caso de incumprimento do dever de confidencialidade pela Bioma.

Finalmente, note-se ainda que o eventual incumprimento deste dever de confidencialidade seria suscetível de gerar, *in casu*, **responsabilidade civil contratual** da Bioma perante a Agro-Resort, por estar em causa a violação de uma cláusula contratual contida no protocolo de mediação, presumindo-se a culpa da Bioma por via do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil. Sendo certo que, mesmo que o protocolo de mediação fosse omissivo relativamente à vinculação das partes a este dever, sempre haveria lugar a responsabilidade civil delitual, nos termos do artigo 483.º do Código Civil, por violação de uma norma de proteção (no caso, o próprio artigo 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação, que tem como função proteger o princípio da confidencialidade da mediação e os interesses que lhe estão subjacentes).

- e. Depois de iniciada a arbitragem para resolução da parte do diferendo sobre o qual a Agro-Resort e a Bioma não chegaram a acordo no âmbito da mediação, e depois de assinada a Ata de Missão, a Agro-Resort pretende requerer a intervenção principal da Climate na arbitragem em curso, pese embora a Climate não seja parte no contrato celebrado entre a Agro-Resort e a Bioma.

Importa começar por definir aquilo que se deve entender por “terceiro”.

No âmbito contratual, **será terceiro quem não for parte no contrato**. E, por isso mesmo, no domínio da arbitragem — por se considerar que

•

a convenção arbitral corresponde a um verdadeiro contrato — será considerado terceiro todo aquele que não seja signatário da convenção de arbitragem.

Todavia, muitas vezes, estes “falsos terceiros”⁽³⁷⁾ perante a convenção arbitral podem ser considerados “verdadeiros terceiros”⁽³⁸⁾ perante o processo arbitral, na medida em que se considere que, apesar de o terceiro não ter subscrito a convenção de arbitragem, existem motivos sérios para que este não possa deixar de estar vinculado à mesma. A doutrina tem tratado deste tipo de situações a propósito do tema da extensão da convenção de arbitragem a não signatários⁽³⁹⁾. Sucede, porém, que, conforme sublinha Miguel Teixeira de Sousa, “a extensão da convenção arbitral a não subscritores tem um recorte mais amplo do que o da intervenção de terceiros na arbitragem, dado que o problema daquela se coloca em relação a qualquer não signatário da convenção arbitral, ainda que este, por ter a mesma qualidade jurídica de um dos subscritores, possa tornar-se parte da arbitragem através da habilitação (e não através da intervenção de terceiros)”⁽⁴⁰⁾.

Esta questão da vinculação à cláusula arbitral é absolutamente central para aferir quem pode ser parte no processo arbitral, uma vez que dele estão excluídos todos aqueles que não se considerem vinculados à convenção da arbitragem. Estamos perante uma manifestação clara do princípio da voluntariedade, alicerçado no facto de a arbitragem voluntária se basear numa convenção arbitral, servindo esta última para delimitar o âmbito subjetivo do processo arbitral.

Importa ainda, antes de avançarmos para o regime da LAV, realçar que o regime de intervenção de terceiros aí previsto é bastante mais restritivo do que o plasmado no Código de Processo Civil. A explicação é muito simples: enquanto no processo civil, o tribunal, por estar dotado de *ius imperii*, é capaz de impor a intervenção de um

.....
⁽³⁷⁾ Miguel Teixeira de Sousa (2012, p. 159).

⁽³⁸⁾ Miguel Teixeira de Sousa (2012, p. 159).

⁽³⁹⁾ Sobre este assunto, *vide*, entre outros, Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão (2013, pp. 119-135).

⁽⁴⁰⁾ Miguel Teixeira de Sousa (2012, p. 160).

•

terceiro (ainda que contra a vontade das partes), no processo arbitral, é a própria legitimidade do tribunal arbitral que deriva da vontade das partes, razão pela qual a intervenção de terceiros, em sede de arbitragem, estará, também ela, dependente dessa vontade.

Passando ao regime legal previsto na LAV, o primeiro requisito para que a **intervenção (provocada ou espontânea) de um terceiro** possa ocorrer numa arbitragem já em curso, é que este terceiro seja parte da convenção arbitral na qual aquela arbitragem se baseia (artigo 36.º, n.º 1, da LAV). Neste sentido, o tribunal deverá sempre começar por verificar se o terceiro se encontra vinculado, ou se aderiu, à convenção arbitral que liga as partes à arbitragem. Nos casos de adesão posterior ⁽⁴¹⁾, tem-se entendido que esta deverá ser feita por escrito, em consonância com o requisito de forma escrita que a lei impõe para a própria convenção de arbitragem, no artigo 2.º, n.º 1, da LAV.

In casu estaríamos perante uma intervenção provocada, na medida em que a parte interessada na intervenção do terceiro seria o empreiteiro, com vista ao exercício do seu eventual direito de regresso em caso de procedência do pedido do demandante (dono da obra).

Caso se conclua que o terceiro se encontrava já originalmente vinculado à convenção de arbitragem, não há dúvida de que a sua intervenção no processo arbitral deve ser admitida. E nos casos em que o terceiro não se encontra inicialmente vinculado à convenção de arbitragem e a ela adere posteriormente, que acabam por ser muito frequentes?

Nestes últimos casos, de adesão posterior à convenção de arbitragem, a intervenção do terceiro apenas poderá ser admitida se este aceitar a composição atual do tribunal (artigo 36.º, n.º 2, da LAV). Por estarmos perante um caso de intervenção provocada, esta aceitação não se presume (artigo 36.º, n.º 2, da LAV, *a contrario sensu*), devendo ser evidenciada pelas partes e pelo terceiro. Esta exigência visa garantir a

⁽⁴¹⁾ Relativamente a um caso muito semelhante, refere Miguel Teixeira de Sousa (2012, p. 169), que “o empreiteiro pode ter interesse em fazer intervir um subempreiteiro no processo em que é demandado pelo dono da obra; no entanto, se o subempreiteiro (como é normal) não for parte na convenção de arbitragem celebrada entre o dono da obra e o empreiteiro, a sua intervenção não é admissível”.

•

igualdade entre as partes, aplicável também ao terceiro interveniente, que deve, por isso mesmo, ter igualmente a possibilidade de — embora não tenha já a possibilidade de designar os árbitros que deverão compor o tribunal arbitral — recusar a composição do tribunal arbitral. Caso o terceiro não aceite a composição do tribunal arbitral não poderá intervir no processo arbitral, não ficando abrangido pelo efeito do caso julgado produzido por essa decisão arbitral.

A nossa hipótese é, aliás, uma das situações em que a própria LAV, tendencialmente restritiva quanto à intervenção de terceiros no processo arbitral, reconhece que se poderá justificar esta intervenção em ordem a afastar a possibilidade de, por exemplo, um tribunal judicial vir, posteriormente à decisão arbitral, proferir uma decisão que seja incongruente com a própria sentença arbitral. Com efeito, o artigo 36.º, n.º 3, da LAV contém uma enumeração (não taxativa) de situações em que se poderá justificar a intervenção de terceiros, incluindo-se — com especial relevância para a nossa hipótese — na alínea *d*) do n.º 3 do artigo 36.º da LAV as situações em que “[o] *demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais o demandado possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, de pedido do demandante*”. E o certo é que, nos termos do artigo 1226.º do Código Civil, o empreiteiro poderá exercer o direito de regresso contra o subempreiteiro relativamente aos defeitos que sejam oportunamente denunciados pelo dono da obra e que estejam relacionados com a execução da subempreitada. O que significa que a procedência do pedido do dono da obra faria nascer um direito de regresso do empreiteiro relativamente ao terceiro (subempreiteiro), preenchendo-se assim a previsão da alínea *d*) do n.º 3 do artigo 36.º da LAV.

Face ao exposto, conclui-se que existiriam, no caso em apreço, razões justificativas para que o subempreiteiro Climate pudesse intervir no processo arbitral, porquanto a Bioma confiou na garantia daquele de que o sistema *eco-greenhouse* obteria a certificação ISO 14001 em tempo útil. Contudo, a verificação de uma razão justificativa para a intervenção do terceiro não é, por si só, suficiente para que a pudéssemos admitir, dependendo sempre de uma decisão arbitral nesse sentido, depois de ouvidas todas as partes iniciais na arbitragem e o terceiro em causa

•

(artigo 36.º, n.º 3, da LAV). Esta exigência adicional justifica-se, fundamentalmente, por duas razões: (i) para evitar que a intervenção do terceiro perturbe indevidamente o normal andamento do processo arbitral (artigo 36.º, n.º 3, 2.ª parte, da LAV) ⁽⁴²⁾ e (ii) porque a aceitação desta função pelo(s) árbitro(s) designado(s) tem por base determinado litígio concreto, com determinada configuração e com determinadas partes, podendo esta alteração afetar a sua declaração de disponibilidade, capacidade, independência ou imparcialidade.

f. Admitindo, ainda na hipótese descrita no ponto anterior, que do contrato celebrado entre a Bioma e a Climate constava a seguinte cláusula standard do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa:

«1. Todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitro(s) nomeado(s) nos termos do Regulamento.

2. A arbitragem terá lugar em Lisboa.

3. A língua da arbitragem será portuguesa.»

Poderiam as duas convenções funcionar em conjunto?

A situação em que uma das partes requer a intervenção de um terceiro com o qual celebrou uma convenção de arbitragem, similar à que celebrou com a sua contraparte no âmbito do contrato em discussão em determinado processo arbitral, configura aquilo que se tem apelidado, em termos genéricos, como o *problema das arbitragens complexas* ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Nas palavras de Miguel Galvão Teles (2010, p. 58), “[t]he scheme of addition of parties is, by itself, susceptible of never ending. The administering authority of institutional arbitration or the arbitral tribunal must have the power to, at a certain point in time, exclude the addition of new parties and the submission of new claims”.

⁽⁴³⁾ Sobre o tema, entre outros, vide Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia (2011).

•

No fundo, em qualquer caso que verse sobre uma relação jurídica que envolva mais do que um contrato, estaremos perante uma situação de *arbitragens complexas*. Nestes casos, uma das questões que se coloca é a de saber se é possível juntar numa única arbitragem todos os participantes na estrutura contratual ⁽⁴⁴⁾.

Na hipótese acima enunciada coexistem dois contratos (o contrato de empreitada e o contrato de subempreitada), que, não obstante terem sido celebrados por pessoas diferentes, dizem ainda respeito a uma mesma realidade económica. Para além disso, e mais relevante, a convenção de arbitragem acordada entre o empreiteiro e o subempreiteiro é compatível com a convenção de arbitragem acordada entre o dono da obra e o subempreiteiro. Porém, tendo em conta que a vinculação dos vários intervenientes à convenção de arbitragem constitui uma condição essencial para que estes possam participar no processo arbitral, cumpre analisar se a celebração de convenções de arbitragem que se mostrem compatíveis bastará para o efeito.

Ainda no âmbito desta análise de vinculação à cláusula arbitral deverá, no caso concreto, ser tomado em linha de conta, por um lado, o §7 da cláusula 22.^a, nos termos da qual a Agro-Resort e a Bioma aceitaram antecipadamente a intervenção de terceiro no procedimento arbitral desde que verificada a compatibilidade da cláusula de resolução de conflitos, e, por outro, a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 24.º do Regulamento de Arbitragem aplicável, nos termos do qual a admissibilidade da intervenção de terceiro depende da verificação que, no momento da celebração das convenções de arbitragem, todas as partes aceitaram que o mesmo processo arbitral pudesse decorrer com a presença de todas elas.

A intervenção de terceiros neste tipo de situações encontra-se prevista não só no Regulamento de Arbitragem do CAC, mas também no Regulamento de Arbitragem da CCI, pese embora neste último recaia sempre sobre a Corte a decisão de admissibilidade da intervenção, ao abrigo da alínea *ii*) do n.º 4 do artigo 6.º deste Regulamento, nomeadamente

.....

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, veja-se Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia (2011, p. 111).

•

quando considere que “*as convenções de arbitragem com base nas quais tais demandas foram formuladas são compatíveis*” e que “*todas as partes na arbitragem tenham concordado com que tais demandas sejam decididas em conjunto, em uma única arbitragem*”.

Contrariamente, a letra do n.º 1 do artigo 36.º da LAV parece impedir que se dê uma resposta favorável à intervenção de terceiros neste cenário, uma vez que se limita a fazer referência aos casos em que existe uma única convenção arbitral, sem qualquer ressalva quanto a este tipo de hipóteses.

Alguns autores têm considerado que, apesar de não existir disposição legal expressa, não deverá excluir-se, sem mais, a possibilidade de um terceiro poder intervir no processo arbitral, desde que este fique vinculado por uma convenção de arbitragem compatível⁽⁴⁵⁾. Na prática, estes autores propugnam pela aplicação da regra prevista no Regulamento de Arbitragem do CAC, exigindo também que as circunstâncias do caso concreto não deixem margem para dúvidas quanto à aceitação, pelas partes, do decurso do mesmo processo arbitral na presença do terceiro.

Por outro lado, há também quem considere que esta questão deve ser resolvida por via da integração do negócio jurídico, nos termos do artigo 239.º do Código Civil. É esta a posição de Lebre de Freitas⁽⁴⁶⁾, para quem “é de presumir que a vontade das partes, real ou hipotética — e esta é, como se sabe, requisito da integração do negócio jurídico (239.º CC) —, seja no sentido de fruírem as vantagens, inclusivamente de economia processual e financeira, que uma jurisdição única pode oferecer”. Esta presunção será sempre ilidível, nomeadamente, quando a interpretação do contrato permita perceber que as partes quiseram, efetivamente, que as arbitragens decorressem em separado, ou ainda, que seria essa a sua vontade caso a questão tivesse sido por elas prevista.

.....
⁽⁴⁵⁾ Cfr. António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva e Daniela Mirante (2019).

⁽⁴⁶⁾ José Lebre de Freitas (2010, p. 187).

•

A jurisprudência não tem tido uma posição unânime quanto a este tema, dependendo sempre a solução, em última análise, da interpretação da vontade das partes ⁽⁴⁷⁾. A título de exemplo, numa decisão de 2 de fevereiro de 1996, a Câmara de Arbitragem Nacional e Internacional de Milão considerou ser irrelevante o facto de três contratos terem convenções de arbitragem idênticas, não obstante os contratos celebrados prosseguirem um mesmo objetivo ⁽⁴⁸⁾.

Como refere Bernard Hanotiau, a situação será provavelmente mais fácil nos casos em que estejam em causa convenções arbitrais idênticas ⁽⁴⁹⁾. No entanto, mesmo quando isso não sucede, têm sido apontados outros critérios que podem ser tomados como indícios que permitem concluir pela existência de uma vontade das partes nesse sentido, como sejam, (i) o facto de os contratos formarem um todo indivisível, (ii) a existência de uma grande interligação entre os contratos, (iii) o estabelecimento de direitos e obrigações recíprocas nos contratos, e (iv) a pertença das partes envolvidas a um mesmo grupo económico.

No mesmo sentido, parece existir hoje uma tendência para se admitir, pelo menos, a possibilidade de analisar contratos que não tenham sido submetidos à jurisdição arbitral, desde que isso aconteça a título incidental, isto é, enquanto elemento de decisão do problema contratual que se encontre dentro da competência do tribunal arbitral ⁽⁵⁰⁾. Isto é particularmente relevante para situações como a que subjaz ao nosso caso, em que o terceiro atua como auxiliar da contraprestação de uma das partes.

.....
⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, veja-se Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia (2011, p. 136).

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido, veja-se Bernard Hanotiau (2006, p. 109).

⁽⁴⁹⁾ Neste sentido, Bernard Hanotiau (2001, p. 329): “*The conclusion will of course be easier to reach if the parties to the various contracts are the same. If this is not the case, courts and arbitral tribunals will more rarely decide that they have jurisdiction to hear all the disputes arising under the various agreements, unless they all contain identical arbitration clauses, as one arbitration clause in one of the agreements seems generally not to be enough*”.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, *vide* Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia (2011, pp. 136-137).

•

Bibliografia e leitura recomendada

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2008). “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções)*, Almedina, pp. 81-95.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2006). “O ‘Abuso do Direito’ e o Art. 334 do Código Civil: uma recepção transviada”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano — no Centenário do seu Nascimento*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 607-631.
- BORGES, Carla Gonçalves e GALVÃO, Ricardo Neto (2013). “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, pp. 119-135.
- CARAMELO, António Sampaio (2017). *Direito da Arbitragem — ensaios*, 1.ª ed., Almedina.
- CARVALHO, Jorge Morais e GOUVEIA, Mariana França (2011). “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 4, pp. 111-161.
- CORDEIRO, António Menezes (2005). “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II, pp. 327-385.
- CRUZ, Rossana Martingo (2011). *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades*, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.
- FREITAS, José Lebre de (2010). “Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, pp. 183-198.
- FREITAS, José Lebre de Freitas e REDINHA, João e PINTO, Rui (1999). *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora.
- GOUVEIA, Mariana França (2014). *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª ed., Almedina.
- HANOTIAU, Bernard (2006). *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International.
- HANOTIAU, Bernard (2001). “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts — Parties — Issues”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, n.º 3, Kluwer Law International.
- LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso (2014). *Lei da Mediação Comentada*, 1.ª ed., Almedina.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da e MIRANTE, Daniela (2019). *Manual de Arbitragem*, 1.ª ed., Almedina.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto (2018). “O due process na arbitragem desportiva do TAS/CAS — Sentido, alcance, e (frequentes) confusões na matéria”, *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 2, pp. 71-88.
- NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo (2018). *A cláusula compromissória de mediação: fronteira entre a eficácia obrigacional do contrato e o princípio da voluntariedade do processo de mediação*, Dissertação apresentada à Faculdade De

•

- Direito da Universidade Nova de Lisboa para obtenção do grau de Mestre, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/42830/1/Novais_2018.pdf.
- PATRÍCIO, Rui (2016). “Imparcialidade e Processo Penal: Três problemas”, *Revista Julgar*, n.º 30, pp. 43-61.
- PINTO, Rui (2009). *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar. A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora.
- SANTOS, Pedro (2015). “Das consequências do abuso do direito”, *Revista de direito civil*, n.º 0, pp. 199-241.
- SOUSA, Miguel Teixeira de (2012). “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, APA, pp. 149-177.
- TELES, Miguel Galvão (2010). “Addition of Parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, Ano III, pp. 45-62.

•