



ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 2 - 2019

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia | António Pedro Pinto Monteiro | Artur Flaminio da Silva
Daniela Mirante | Joana Campos Carvalho | João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 2 - 2019



ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 2 - 2019

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia | António Pedro Pinto Monteiro | Artur Flaminio da Silva
Daniela Mirante | Joana Campos Carvalho | João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO ADR LAB
YEARBOOK OF THE ADR LAB

Ano 2 – 2019

COORDENAÇÃO

Mariana França Gouveia
António Pedro Pinto Monteiro
Artur Flamínio da Silva
Daniela Mirante
Joana Campos Carvalho
João Pedro Pinto-Ferreira

REVISÃO DO TEXTO

Maria Miguel Oliveira da Silva

EDIÇÃO

Universidade Nova de Lisboa. NOVA School of Law.
CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

SUPORTE: ELETRÓNICO

Novembro, 2020

ISSN 2184-6200

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da
FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do
projeto UID/00714/2020.

Nota de abertura

É novamente um enorme gosto e um grande orgulho apresentar o segundo número do Anuário do ADR Lab.

O ADR Lab, atualmente integrado no *NOVA Dispute Resolution Forum*, foi criado em 2007 com a missão de desenvolver atividades relacionadas com os meios alternativos de resolução de litígios, designadamente a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Caracteriza-se por uma forte abertura à comunidade extra-académica e tem como objetivo investir na formação, na investigação, na reflexão e na divulgação de informação sobre os meios alternativos de resolução de litígios.

Tem diversas iniciativas realizadas, devendo destacar-se o Curso de Extensão Universitária em Arbitragem (8 edições), o Curso de Formação de Mediadores (4 edições) e o Curso de Introdução aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios. Há ainda a destacar o Mestrado Forense e Arbitragem da NOVA School of Law, que inclui duas disciplinas de Mediação e quatro de Arbitragem. É uma oferta única em Portugal e tem dado origem a dezenas de dissertações em Resolução Alternativa de Litígios, assim como *papers* no âmbito das referidas disciplinas.

A quantidade e a qualidade da investigação produzida levaram-nos a concluir pela necessidade de um local onde se pudesse melhor divulgar os seus resultados. Daí surgiu este Anuário, que publica textos sobre Resolução Alternativa de Litígios, em especial, mas não só, teses de mestrado e trabalhos realizados no âmbito do Mestrado Forense e Arbitragem.

Neste segundo número, o conjunto de textos é mais uma vez de grande interesse, atualidade e qualidade académica.

Sobre arbitragem, publicamos a tese de mestrado (com adaptações) da Ana Sernadas, sobre o tema da intervenção de terceiros e litisconsórcio

em arbitragem e um artigo do nosso aluno de doutoramento Guilherme Brandão Gomes sobre a fixação da tramitação do processo arbitral por acordo das partes. Damos ainda a conhecer aos nossos leitores o trabalho da Carolina Roque, Catarina de Medeiros Carreiro e Catarina Cerqueira na sua participação, com uma classificação excecional, na 26^a Edição do Moot Court de Viena dedicado à arbitragem internacional e à Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias. A NOVA School of Law tem vindo a obter todos os anos resultados significativos nesta competição de elevadíssima exigência e fica bem demonstrado porquê, com as peças que as autoras prepararam e que aqui damos a conhecer.

Já no âmbito da mediação, o texto em coautoria da Cátia Marques Cebola, Dulce Lopes, Lia Vasconcelos e Úrsula Caser, trata o interessante e muito atual tema da mediação ambiental e o artigo da Marta Ribeiro de Sousa aborda a temática da gestão das emoções na mediação. Por fim, publicamos uma tradução da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais. A tradução não é oficial, mas feita pelo João Pedro Pinto-Ferreira. Este instrumento de Direito Internacional é ainda muito recente, mas acreditamos que assumirá enorme importância para o desenvolvimento da mediação transfronteiriça.

A terminar, não podia faltar uma palavra muito especial para novamente agradecer aos coordenadores António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, Joana Campos Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira e à editora Maria Miguel, pela sua dedicação e entusiasmo desde a primeira hora. Assim tudo é possível!

A todos os leitores, espero que gostem tanto como nós!

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Professora Catedrática e Diretora

NOVA School of Law

Índice

I – ARTIGOS A) ARBITRAGEM

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E LITISCONSÓRCIO NO ÂMBITO DA LAV <i>Ana Sernadas</i>	11
--	----

A FIXAÇÃO DA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL POR ACORDO DAS PARTES: UM BREVE COMENTÁRIO AO N.º 2 DO ARTIGO 30.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA <i>Guilherme Brandão Gomes</i>	51
---	----

B) MEDIAÇÃO

MEDIAÇÃO AMBIENTAL – EXPLORANDO A PRATICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LEI N.º 29/2013 <i>Cátia Marques Cebola, Dulce Lopes, Lia Vasconcelos, Úrsula Caser</i>	87
GESTÃO DE EMOÇÕES NA MEDIAÇÃO <i>Marta Ribeiro de Sousa</i>	123

II – XXVI VIS MOOT COURT RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO

PREFÁCIO <i>André Pereira da Fonseca, Rute Alves</i>	145
---	-----

XXVI VIS MOOT COURT – RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO <i>Carolina Apolo Roque, Catarina de Medeiros Carreiro, Catarina Cerqueira</i>	149
---	-----

TWENTY-SIXTH ANNUAL Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <i>Memorandum for Claimant</i>	163
--	-----

TWENTY-SIXTH ANNUAL Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <i>Memorandum for Respondent</i>	231
--	-----

III – LEGISLAÇÃO TRADUZIDA

TRADUÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS <i>Tradução de João Pedro Pinto-Ferreira</i>	309
---	-----

I – ARTIGOS

A) Arbitragem

Intervenção de terceiros e litisconsórcio no âmbito da LAV*

ANA SERNADAS**

Resumo: O aumento de transações comerciais internacionais e intercontinentais, com a consequente celebração de contratos plurilocalizados entre múltiplas e distintas partes, com enquadramentos legal, económico e social diferenciados, torna o panorama contratual cada vez mais complexo. Em simultâneo (ou consequentemente), denota-se o crescimento do recurso à arbitragem, colocando-lhe novos desafios, designadamente ao nível da intervenção de terceiros cuja participação possa contribuir para uma decisão final verdadeiramente justa e eficaz. No processo arbitral, exatamente por o pilar tradicional ser o consentimento das partes que ao mesmo se submetem, esta intervenção reveste-se de particulares imbricações, as quais o legislador nacional procurou endereçar. Contudo, fê-lo a partir do regime do processo civil e recorrendo a conceitos muito próprios do mesmo, como o de litisconsórcio, cumprindo determinar o seu alcance no processo arbitral.

Palavras-chave: *Arbitragem; Intervenção de Terceiros; Partes Adicionais; Litisconsórcio; Lei da Arbitragem Voluntária.*

Abstract: The increasing number of international and intercontinental commercial transactions between multiple and distinct parties, with different legal, economic and social backgrounds, contributes to a contractual scene ever more complex. Simultaneously (or consequently), the resource to arbitration has increased, thus creating a wider variety of issues, namely regarding third parties' whose participation may contribute to a truly fair and effective final award. On arbitral proceedings, since they are based on the parties' consent, third party intervention faces several challenges, which have been addressed

* Este texto corresponde, parcialmente, ao teor da Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, defendida publicamente a 30 de outubro de 2020, na NOVA School of Law.

** Mestre em Direito Forense e Arbitragem, pela NOVA School of Law.

by the Portuguese legislator. However, it was done from the civil procedure stem and resorting to concepts that are very specific to it, such as of *litisconsórcio*, whose scope in arbitral proceedings is due to be determined.

Keywords: *Arbitration; Third Party Intervention; Additional Parties; “Litisconsórcio”; Portuguese Law on Voluntary Arbitration.*

1. Considerações Gerais

1.1. *Da problemática*

Os desenvolvimentos social, tecnológico e técnico têm, necessariamente, um impacto no desenvolvimento do mundo jurídico que se vê forçado a responder a novos paradigmas¹, de modo a que o Direito seja mais do que um mero ideal de justiça proclamado. Esta necessidade de adaptação é transversal a todos os ramos do Direito, particularmente a uma vertente do Direito Processual, como o é a Arbitragem²³.

Nos últimos anos, tem-se assistido a um crescente número de arbitragens internacionais entre mais do que duas partes, consequência de diversos fatores como a crescente interdependência internacional verificada no comércio, a dimensão económico-financeira dos projetos que são desenvolvidos, o desenvolvimento de estratégias conjuntas (seja para o desempenho do projeto final, seja para obtenção do necessário financiamento⁴) e a complexificação do tecido societário, atualmente descentralizado e disperso por diversas geografias, consoante a rentabilidade

¹ Identificando esta necessidade por referência à arbitragem internacional, CRISTIÁN CONEJERO ROOS, “Multi-party and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches”, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, pp. 411-433, p. 433.

² Ao longo do texto, salvo indicação expressa em contrário, pelo recurso à expressão “arbitragem”, quer significar-se “arbitragem voluntária”.

³ A título de exemplo, referindo a crescente complexidade da arbitragem, MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros no Processo Arbitral”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 149-207, p. 151.

⁴ JULIAN D.M. LEW; LOUKAS A. MISTELIS; STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 379, ¶ 16-7.

proporcionada pelas mesmas⁵. No fundo, devido à globalização do panorama contratual em geral⁶.

Daí que se fale crescentemente em “arbitragens complexas”⁷ e “arbitragens multipartes” ou “pluralidade de partes em arbitragem”⁸, conceitos que, apesar de poderem ter conteúdos distintos, porquanto o primeiro pode implicar situações de reconvenção, ao passo que o segundo pode limitar-se à circunstância de haver diversas partes em litígio, ambos remetem para a mesma ideia: um processo arbitral que foge à configuração tradicional de duas partes, composta cada uma por um único sujeito, com pedidos formulados pelo Requerente contra o Requerido. Esta multiplicidade pode derivar da circunstância de várias partes figurarem como tal *ab initio* na convenção de arbitragem, ou de haver diversos contratos, muitos destes acessórios ou “satélite”, como por exemplo de financiamento, de depósito, seguro ou garantia, que servem propósitos distintos e vinculam diversas partes, embora todos direcionados para o mesmo fim – a realização de determinada transação comercial⁹.

Neste contexto, surge com especial acuidade o problema da intervenção de terceiros que, em processo arbitral, se defronta com uma dificuldade, inerente à sua natureza, relacionada com o valor da vontade das partes¹⁰, que tem de ser manifestada também pelo terceiro cuja intervenção se pretende e sem a qual nem o terceiro se pode impor

⁵ JEFFREY WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 502.

⁶ NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties”, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 343.

⁷ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Volume 14, Kluwer Law International, 2006, pp. 101 e ss. §215-218; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Almedina, 2018, pp. 262 e ss.

⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 21 e ss.

⁹ JEFFREY WAINCYMER, *Procedure and Evidence (...)*, 2012, p. 545.

¹⁰ PAULA COSTA E SILVA; MARCO GRADI, *A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral Voluntário nos Direitos Português e Italiano*, Edizioni Terzo Millennio, 2009, p. 18.

às partes da arbitragem, nem as partes podem impor a intervenção do mesmo¹¹.

A diferente natureza evidencia logo um outro problema: na jurisdição arbitral inexistem os poderes de autoridade típicos da jurisdição judicial, que radica “no poder-dever de julgar, na função jurisdicional enquanto função soberana do Estado, [pelo que] a essa jurisdição estarão submetidas todas as pessoas e entes aos quais a lei atribua especificamente personalidade judiciária”¹², impedindo os árbitros de, mesmo sem o consenso das partes, fazer intervir terceiros em processos arbitrais pendentes¹³.

Seguindo um caminho já trilhado por outros regulamentos de centros de arbitragem¹⁴ e diplomas legislativos de diversos países¹⁵, a Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, veio regular expressamente estas questões, inspirando-se na Lei-Modelo elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional¹⁶ (Lei-Modelo da UNCITRAL) de

¹¹ Vide, muito particularmente, MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 149; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem: Ensaios – (MLGTS)*, Almedina, 2017, pp. 190 e 191; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 262.

¹² PAULA COSTA E SILVA; MARCO GRADI, *A Intervenção de Terceiros (...)*, 2009, p. 36.

¹³ Suscitada uma questão relacionada com a intervenção de um terceiro, dificilmente haverá consenso entre todas partes quanto à sua intervenção, independentemente da jurisdição perante a qual a questão se suscite, seja por questões de encargos, morosidade ou idêntico interesse na intervenção. Todavia, no processo judicial, não se colocam com a mesma acuidade problemas relacionados com o consentimento de todos os intervenientes, como sucede no processo arbitral, exatamente por força da diferente natureza jurisdicional. A este propósito, vide NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes (...)”, 2009, pp. 350 e 351; Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem Voluntária*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 427.

¹⁴ Veja-se, a título de exemplo e sem prejuízo do posterior desenvolvimento, o disposto nos regulamentos de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC), tanto o aprovado em 2008, como o aprovado em 2014; o da Corte de Arbitragem de Madrid (CAM), tanto na redação de 2008, como na de 2014; o da Câmara de Comércio Internacional (CCI), na redação de 2012; da *International Center for Dispute Resolution* (ICDR), na redação de 2014; o da London Court of International Arbitration (LCIA), na redação de 1998 e de 2014.

¹⁵ Veja-se, a título de exemplo, o Código de Processo Civil Suíço e o Holandês.

¹⁶ Isto mesmo é destacado por ARMINDO RIBEIRO MENDES; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Crónica de Jurisprudência”, *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, n.º 5,

1985¹⁷ e nalgumas “particularidades próprias e fórmulas tradicionais portuguesas”¹⁸.

Esta circunstância é particularmente evidente no artigo 36.º da LAV, no qual se consagrou a intervenção de terceiros, com recurso a expressões como “litisconsórcio necessário” e “litisconsórcio voluntário”¹⁹. Atendendo aos potenciais destinatários da LAV e ao seu âmbito de aplicação, cumpre questionar o alcance de conceitos com um conteúdo tão próprio do processo civil português²⁰, assim como ponderar a sua adequação ao panorama arbitral, considerando, desde logo, as diferenças de natureza e poder que o contrapõem ao panorama judicial. É isso que, modestamente, nos propomos fazer.

1.2. Conceitos relevantes

1.2.1. Do conceito de (intervenção de) “terceiro”

O conceito jurídico de “terceiro” é bastante lato²¹, nele se compreendendo uma dimensão material ou civilística e uma dimensão processual. Em abstrato, poderá dizer-se que é terceiro quem não é parte.

No âmbito material, será terceiro quem não for parte do contrato²². Neste sentido civilista, o princípio da relatividade dos contratos²³,

2012, p. 283; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 121; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 9.

¹⁷ Na redação concedida pela revisão de 2006.

¹⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2018, p. 9.

¹⁹ Como bem destaca ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 241, estes são conceitos particularmente difíceis, não definidos no CPC.

²⁰ Isto mesmo é destacado por ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 242.

²¹ Vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, pp. 231 e 248.

²² . Neste sentido, vide PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao Caso Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain”, *100 Anos de Arbitragem – os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 111-119, em particular, nota 283, p. 111.

²³ Nas palavras de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, trata-se do princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia – neste sentido, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA,

transversal aos sistemas jurídicos romano-germânicos e anglo-saxónicos, encontra, entre nós, acolhimento no artigo 406.º, n.º 2 do Código Civil (CC), definindo o terceiro como o sujeito que não figura no contrato. Transpondo-a para este contexto, seriam terceiros os não signatários da convenção arbitral.

No âmbito processual, o conceito de terceiro é delimitado negativamente a partir do conceito de parte do processo. Em processo civil, a qualidade de parte é uma matéria que nos remete para os pressupostos processuais. Será parte quem legitimamente demandar ou for demandado²⁴, sendo, a par do tribunal, sujeito da relação jurídica processual²⁵; serão terceiros todos os demais que não figuram na relação jurídica processual.

Nem todos os terceiros do ponto de vista material o são, porém, processualmente. Analisando o termo terceiro num contexto processual, poderá dizer-se que são terceiros juridicamente relevantes aqueles que, não sendo partes²⁶, são legitimados a intervir, por serem titulares de um interesse que permitiria a sua intervenção na causa²⁷. É, de resto, neste sentido que nos referimos a terceiros.

Por via da intervenção de terceiros faculta-se a possibilidade de investir um terceiro relevante na qualidade de parte no processo, de

Contratos II, 4.ª Edição, Almedina, 2016, § 8-VI, pp. 50 e 51. O Autor demonstra a sua preferência por esta designação, pois só esta permite acolher, sem distorções, os contratos a favor de terceiro. Sobre o princípio da relatividade dos contratos, *vide* ainda, na doutrina internacional, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.ª Edição, Kluwer Law International, 2014, p. 1407.

²⁴ Sobre a definição de “parte”, *vide* ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 5.ª Edição, Almedina, 2008, p. 1019; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 12.ª Edição, Almedina, 2016, p. 108; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 233.

²⁵ *Vide* JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 73; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 232.

²⁶ Ou não sendo “sujeito da relação jurídica processual”, podendo ser ou não interessado, i.e., pode ser um terceiro que se encontra numa situação jurídica potencialmente afetada, ou não, como definido por ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 2008, p. 1398.

²⁷ *Vide* JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 76; MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 157; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, pp. 234 e 235.

forma suplementar, sendo para tanto necessário que lhe seja reconhecida legitimidade²⁸.

O conceito de terceiro em processo arbitral é, porém, ligeiramente mais complexo e varia em função da *lex arbitri* perante a qual a necessidade da sua intervenção se suscite²⁹, pelo que só *in casu* saberemos quem é terceiro processualmente relevante, o que suscita alguma imprevisibilidade, acentuando a complexidade do problema.

No âmbito do processo arbitral português, por via da intervenção de terceiros participa no processo um desconhecido ao processo arbitral tal como configurado inicialmente pelo demandante, mas não à convenção que está na base do mesmo³⁰, seja porque dela é parte desde o início³¹, seja porque a ela aderiu. Porém, a delimitação do conceito de terceiro como o sujeito que pode ser parte, pela circunstância de estar vinculado à convenção de arbitragem, é uma opção que não se impunha ao legislador³².

²⁸ Vide MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 149; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 217; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, pp. 246 e 247.

²⁹ Com um entendimento distinto, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, Almedina, 2010. Nas pp. 183 e 184, o autor define como terceiro “todo aquele que não é parte na ação arbitral”, distinguindo três categorias dentro deste conceito, a saber: o terceiro que assinou a convenção de arbitragem; o que assinou uma convenção conexa e o que não assinou qualquer convenção.

³⁰ O que, de resto, é claramente referido por MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 164. Distancio-me, assim, do conceito de terceiro delineado em MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2018, p. 140, §1.

³¹ *Cfr.*, muito particularmente, MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, pp. 164 e 165; 192.

³² Por exemplo, no âmbito do Regulamento de Arbitragem da LCIA, terceiro é qualquer um que tenha um interesse compatível com o objeto da causa. O artigo 22.1, al. (viii) do Regulamento da LCIA prescinde da exigência de convenção arbitral quando a intervenção do terceiro seja suscitada após o início do processo arbitral. Em contrapartida, exige-se uma de duas coisas: (i) no caso de o processo já se ter iniciado, o terceiro e o requerente consentem, por escrito, nessa intervenção (“adesão imperfeita”, por referência à prevista na LAV, que pressupõe o consentimento de todos os intervenientes – vide, *infra* 3.); (ii) no caso de o processo ainda não se ter iniciado, então o consentimento para essa intervenção tem de constar da convenção arbitral. Contudo, o Regulamento não prevê a possibilidade de ocorrer uma intervenção espontânea do terceiro. Na decisão a tomar pelo tribunal acerca da intervenção, todas as partes são ouvidas previamente, embora de forma não vinculativa.

Ao fazer intervir um terceiro, passamos então necessariamente a ter uma pluralidade de sujeitos³³, mas não forçosamente uma pluralidade de partes, porquanto a intervenção deste terceiro poderá gerar somente uma situação de pluralidade de sujeitos, na qual se mantenha a dualidade de partes e, no essencial, de posições jurídicas³⁴.

1.2.2. Do conceito de “parte” da convenção de arbitragem

A determinação de quem é “parte” da convenção é essencial, dado que é deste conceito que se depreende o escopo de aplicação do regime de intervenção de terceiros consagrado na LAV.

Apesar do escopo das convenções ser determinável por recurso ao princípio da relatividade dos contratos ou da eficácia relativa dos contratos, há circunstâncias que levam a que determinados sujeitos se considerem vinculados a uma convenção arbitral, apesar de não a terem assinado³⁵, as quais tanto podem consistir em desenvolvimentos doutrinários, assentes em geral no princípio da boa-fé (*estoppel*, grupos de sociedades, levantamento da personalidade jurídica), como na aplicação de regimes de natureza contratual (cessão de posição contratual, sub-rogação, terceiros beneficiários, entre outros)³⁶.

³³ Que pode até ser prévia a este momento se, por exemplo, a ação tiver sido proposta em litisconsórcio ou coligação ativos.

³⁴ Neste sentido, *vide* NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes (...)”, 2009, p. 344; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, pp. 21 e 237. Referimo-nos à circunstância de poderem contender três sujeitos (pessoas singulares ou coletivas), sendo que dois deles visam prosseguir o mesmo interesse ou interesses compatíveis. Nesta circunstância, apesar de existirem três sujeitos, na realidade, existem somente duas partes, porque, por exemplo, são duais as posições jurídicas em contenda. Sobre a menção a “posições jurídicas”, *vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, 6.^a Edição, Almedina, 2012, pp. 241 e ss.

³⁵ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty (...)*, 2006, p. 164, ¶ 358-361.

³⁶ Sobre estes mecanismos de extensão subjetiva da convenção, *vide* CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes e Intervenção de terceiros na Arbitragem”, *Themis – Revista da NOVA School of Law*, ano VII, n.º 13, Almedina, 2006, pp. 109-153, pp. 122 e ss.; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 263; PAULO MOTA PINTO, “Transmissão da Convenção de Arbitragem”, *Arbitragem Comercial – Estudos Comemorativos dos 30 anos*

Em todo o caso, a aplicação de mecanismos de extensão subjetiva da convenção de arbitragem, por força de se verificarem, no caso concreto, circunstâncias que a justificam, dependerá sempre do consentimento para tal conferido pelas partes aquando da celebração da convenção de arbitragem – e são várias as ilações que se podem retirar da interpretação do consentimento, a qual se pode revelar essencial por duas ordens de razão: pode permitir-nos concluir que as partes quiseram admitir a possibilidade de fazer um terceiro intervir no processo arbitral³⁷; ou pode permitir-nos concluir que aquele terceiro, não obstante não ter formalmente assinado a convenção de arbitragem, consentiu em ser parte nos procedimentos iniciados na sequência daquele(s) contrato(s).

Pode ter-se um entendimento mais restritivo do consentimento, típico dos sistemas romano-germânicos, nos termos do qual as convenções

do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2019.

³⁷ A propósito do consentimento das partes, no que se refere à admissibilidade da intervenção de um terceiro, MANUEL BOTELHO DA SILVA põe a tónica na margem de liberdade de estipulação que se reconhece às partes aquando da celebração da convenção arbitral, parecendo entender que a admissibilidade da intervenção de terceiros estará também dependente do alcance concreto que se confira ao princípio: ou se reconhece que a liberdade negocial subjacente à convenção implica somente a supressão da jurisdição estatal no que a determinados litígios, com determinado objeto, se refere; ou se reconhece que a liberdade negocial subjacente à convenção arbitral implica não só a sujeição à jurisdição arbitral, como também o direito de definir como e com quem se arbitra. *Vide* MANUEL BOTELHO DA SILVA, “Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, Almedina, 2002, pp. 518 e 519. Em regra, entendemos que a liberdade negocial se limita, tendencialmente, à liberdade de determinar a jurisdição por via da qual se resolverão determinados litígios com determinado escopo – o que é, de resto, reforçado, pela circunstância de as convenções arbitrais não serem, em regra, celebradas *intuitu personae* (*vide* art. 4.º, n.º 4 da LAV). Para este entendimento contribui o teor do artigo 2.º, n.º 4 da LAV que prevê a celebração de convenções arbitrais mediante remissão para um outro instrumento – hipótese que será, por exemplo, relevante no caso dos garantes, quando estes não figurem como parte do contrato principal. Todavia, não descartamos a possibilidade de, no caso concreto, a vontade manifestada pelas partes impor a conclusão de que, na realidade, a convenção foi celebrada *intuitu personae*. A este propósito, *vide* CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes (...)”, 2006, pp. 137 e ss. Analisando estas possibilidades mais em detalhe, *vide* JEFFREY WAICYMER, *Procedure and Evidence* (...), 2012, pp. 533 e ss.

arbitrais se devem limitar a quem as assinou; ou um entendimento mais amplo, típico dos sistemas jurídicos de raiz anglo-saxónica, nos termos do qual se permite uma aplicação mais abrangente da convenção de arbitragem, em derrogação (parcial) do princípio da eficácia relativa dos contratos³⁸.

Consoante se adote uma postura mais ou menos restritiva ao interpretar o consentimento expresso pelas partes, estar-se-á mais ou menos disponível para ponderar a aplicação de doutrinas *inclusivas* como o “consentimento implícito”, ao abrigo da qual se permite que partes formalmente vinculadas à convenção de arbitragem não possam deixar de se considerar vinculadas à mesma por terem adotado uma determinada conduta, ou por terem proferido determinadas declarações no contexto de celebração do contrato, das quais se pode inferir a intenção de vinculação à convenção de arbitragem, ou ainda por terem executado o contrato³⁹.

Não basta, assim, que o terceiro seja titular de um interesse que permita a sua intervenção na causa – é também necessário que, de alguma forma, possa ser qualificado como parte da respetiva convenção. Esta limitação decorre da natureza desta jurisdição, a qual não pode ser desvirtuada, mesmo que isso impeça, por exemplo, que o responsável por determinado facto seja considerado parte. A verdade é que, no processo arbitral, não basta ser, em abstrato, juridicamente responsável ou ter um interesse na causa para se poder ser parte⁴⁰.

³⁸ Destacando este entendimento, JEFFREY WAINCYMER, *Procedure and Evidence* (...), 2012, p. 508. Note-se que foi em França (país do sistema romano-germânico), que se preferiram as célebres decisões de recurso pelos tribunais judiciais franceses no caso usualmente denominado por *Dow Chemical*, a propósito da aplicação da teoria do “grupo de sociedades” como forma de abranger no âmbito da cláusula de arbitragem as sociedades que se encontravam em relação de grupo com a que inicialmente celebrara a convenção de arbitragem. Referindo o impacto da decisão no processo *Dow Chemical*, *vide*, particularmente, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1445 e ss. e PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao Caso *Dow Chemical* (...)”, 2015.

³⁹ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1427 e ss.

⁴⁰ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 1418.

1.2.3. Extensão da convenção de arbitragem a não subscritores

A intervenção de terceiros, tal como configurada, não se confunde com a problemática da extensão da convenção de arbitragem a não subscritores da mesma⁴¹.

Ao abrigo da ideia de extensão, alude-se a situações em que, apesar de formalmente a convenção de arbitragem não ter sido subscrita por um sujeito, a ela não pode deixar de se considerar vinculado⁴², por exemplo, por causa do contexto de celebração da convenção. Em causa está saber quem se encontra abrangido pela convenção de arbitragem ou, por outras palavras, “o âmbito da jurisdição arbitral”⁴³, cujo conhecimento carece da interpretação cuidada da convenção arbitral, com particular respeito pela vontade das partes, depreendida de todo o contexto em que a convenção foi celebrada⁴⁴.

Este circunstancialismo leva MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA a qualificar estes sujeitos como “falsos terceiros”, porquanto, “apesar de o terceiro não ter subscrito a convenção de arbitragem, não pode deixar de a ela estar vinculado”⁴⁵.

Acompanhando de perto o entendimento deste autor, importa ressaltar que o mesmo considera mais amplo o problema da extensão da convenção arbitral do que a intervenção de terceiros, porquanto a intervenção de terceiros pode ser possível mediante a extensão da convenção arbitral a um não signatário, apesar de a extensão da convenção

⁴¹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes* (...), 2017, p. 253, nota de rodapé n.º 1061, destaca a imprecisão desta terminologia, muito embora seja a mais difundida, razão pela qual a mantemos neste artigo.

⁴² Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso* (...), 2018, p. 166.

⁴³ Expressão utilizada por MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso* (...), 2018, p. 153. Considero, assim, que estamos perante um problema de jurisdição do tribunal arbitral e não perante uma questão de formação ou existência da convenção de arbitragem, hipótese formulada noutros sistemas jurídicos, como destaca GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 1407.

⁴⁴ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes* (...), 2017, p. 254, nota de rodapé n.º 1063; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso* (...), 2018, p. 179.

⁴⁵ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 159.

arbitral não se manifestar somente por via da intervenção de terceiros⁴⁶. O exemplo típico de extensão⁴⁷ verifica-se no âmbito do contrato a favor de terceiro, genericamente previsto no n.º 1 do artigo 443.º do CC.

No contexto internacional discutem-se diversas possibilidades de extensão com base nas doutrinas da desconsideração da personalidade jurídica, levantamento da personalidade jurídica, *estoppel*⁴⁸, *assignment*, sub-rogação, garantes, terceiros beneficiários⁴⁹, que partem da convenção de arbitragem, a analisam em conjunto com as circunstâncias concretas da situação que suscita a análise da possibilidade de extensão e, por via das mesmas, concluem se aquele terceiro, apesar de não ter subscrito formalmente a convenção de arbitragem, se deve ter, na realidade, como parte da mesma.

É de notar que as diversas doutrinas de extensão não permitem a extração de uma regra geral e abstrata aplicável a todos os casos, pelo contrário: a aplicação das mesmas depende sempre das circunstâncias concretas que suscitaram a sua ponderação.

Apesar de a extensão e a intervenção de terceiros serem figuras distintas, importa ter presente que as mesmas são conjugáveis: podemos deparar-nos com a necessidade de fazer intervir um terceiro, cuja admissibilidade é somente suportada pela circunstância de o poder considerar parte ao abrigo da aplicação de uma das doutrinas que permitem a

⁴⁶ Pode decorrer, por exemplo, da habilitação. Vide MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 160.

⁴⁷ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, pp. 160 e 161; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem (...)*, 2017, pp. 190 e ss.

⁴⁸ A propósito das ideias de levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica e de *estoppel*, Pedro Caetano Nunes destaca que estes argumentos assentam numa ideia de *lex mercatoria*, que não é sempre, nem necessariamente, aplicável. No direito português, o enquadramento destas figuras jurídicas poderá ser, na perspetiva do autor, o instituto de fraude à lei e a aplicação analógica do artigo 21.º do CC a esses casos. PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao Caso Dow Chemical (...)”, 2015, pp. 117 e ss.

⁴⁹ Analisando a aplicação destes e de outros mecanismos, vide CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes (...)”, 2006, pp. 122 e ss.; NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes (...)”, 2009, pp. 370 e ss.; JEFFREY WAINCYMER, *Procedure and Evidence (...)*, 2012, pp. 514 e ss.; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1419 e ss.; Nigel Blackaby, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 85 e ss.; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, pp. 152 e ss.

“extensão” ao mesmo da convenção de arbitragem⁵⁰. Noutras ocasiões, todavia, por via do recurso a estes mecanismos de extensão internacionalmente reconhecidos, podemos estar tão-somente a atestar a qualidade de parte a quem verdadeiramente já o é à luz do direito aplicável. Por exemplo, à luz da lei portuguesa, tal sucederá nos casos da sub-rogação, da cessão de posição contratual e da assunção de dívida⁵¹, por via dos quais se poderá adquirir a qualidade de parte, devido a factos ocorridos após a celebração da convenção.

2. Da intervenção de terceiros no Código de Processo Civil (CPC)

A intervenção de terceiros surge regulada no Livro II, Título III, referente aos “Incidentes da Instância”, Capítulo III do CPC, sob a designação “Intervenção de Terceiros”, compreendendo os artigos 311.º a 350.º, organizados em função da posição que estes terceiros virão a ocupar no processo judicial⁵², com a subdivisão em função da natureza do impulso processual para fazer o terceiro intervir (i.e., se a intervenção deriva de um impulso do próprio terceiro ou de um impulso de uma das partes em juízo).

A extensa regulação denota que, no âmbito do processo civil, a possibilidade de fazer intervir terceiros é muito mais ampla⁵³ e, pelo menos em tese, levanta menos dificuldades do que no processo arbitral, desde logo, pela circunstância desta jurisdição não estar dependente de uma manifestação de vontade das partes e de os tribunais judiciais disporem de poderes de autoridade.

Ainda assim, não será qualquer pessoa ou entidade que pode participar num processo pendente: o terceiro a intervir não pode deixar

⁵⁰ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 160.

⁵¹ Sobre estes mecanismos, *vide* CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes (...)”, 2006, pp. 137 e ss.; MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, pp. 157 e 158.

⁵² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 217.

⁵³ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 246.

de ser titular de um interesse⁵⁴ que “justifique a sua intervenção na causa”⁵⁵ ou que justifique ser abrangido pelo caso julgado da decisão, independentemente de ser um interesse do próprio terceiro ou das partes da instância já constituída⁵⁶.

Este interesse na intervenção do terceiro pode decorrer da falta de legitimidade de uma das partes, o que sucederá no caso de litisconsórcio necessário. Pode, todavia, seguir somente objetivos de economia processual, como tenderá a acontecer no caso do litisconsórcio voluntário e da coligação. Pode também servir para obviar à prolação de decisões incompatíveis, como, por exemplo, quando uma das partes se arroga de um direito incompatível com o do terceiro, o que sucederá na oposição.

Apesar de as questões relacionadas com o litisconsórcio e coligação estarem reguladas no Livro I, Título III, Capítulo II, entre os artigos 32.º e 39.º do CPC, não cremos que todas as questões reguladas nesse capítulo se prendam com a discussão da legitimidade, enquanto pressuposto processual⁵⁷. Em particular, não cremos que as disposições relacionadas com o litisconsórcio voluntário e com a coligação se possam reconduzir, necessariamente a questões de legitimidade, de cuja verificação depende a apreciação da causa⁵⁸, em particular atendendo à consagração do critério subjetivista⁵⁹ na definição de legitimidade, patente no artigo 30.º, n.º 3 do CPC.

⁵⁴ O que se entenda por interesse não é tão líquido quanto seria desejável. Definindo interesse, tendo por base o disposto no artigo 30.º, n.º 2 do CPC, como a utilidade para o autor derivada da procedência da ação e a utilidade para o réu em contradizer, pelo prejuízo que a procedência da ação lhe venha a causar, *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 2016, p. 120

⁵⁵ Nas palavras de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 76.

⁵⁶ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2.ª Edição, Lex, 1997, p. 174.

⁵⁷ Acompanhamos, assim, o entendimento vertido em JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, 3.ª Edição, Almedina, 2014, p. 75, § 1.

⁵⁸ Recorde-se que a falta de legitimidade é uma exceção dilatória, prevista no art. 577.º, al. e) do CPC, geradora de absolvição da instância, nos termos do art. 576.º, n.º 2 do CPC.

⁵⁹ Sobre o debate entre a conceção objetivista e subjetivista do pressuposto da legitimidade, *vide* JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, pp. 71 e ss.

O terceiro⁶⁰ cuja intervenção é suscitada (seja pelo próprio, seja por uma das partes em juízo) pode vir a ocupar no processo uma de três posições, consoante o incidente suscitado: interveniente principal, interveniente acessório ou opoente.

A divisão entre as modalidades de incidentes de intervenção (principal ou acessória e oposição) e as figuras que manifestam a existência de pluralidade de sujeitos processuais⁶¹ (litisconsórcio necessário ou voluntário e coligação) pode não ser simples de traçar no caso concreto, sobretudo atendendo à interligação que, na prática, se pode verificar entre ambos.

Por via do recurso a uma das modalidades de incidentes de intervenção de terceiros possibilita-se, embora de forma não exclusiva, o surgimento de pluralidade de partes. Dizemos de forma não exclusiva porque a ação pode ser, *ab initio*, proposta por uma pluralidade de sujeitos ou contra uma pluralidade de sujeitos, ou ambas.

Analisaremos, brevemente, duas figuras jurídicas que refletem a existência de uma pluralidade de sujeitos processuais e, de seguida, as formas pelas quais essa pluralidade, quando não é inicial, se pode vir a constituir.

2.1. Modalidades de litisconsórcio

2.1.1. Do litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário surge regulado no artigo 33.º do CPC, do qual resultam as suas três fontes: legal, convencional (ambos previstos no n.º 1 do artigo 33.º) ou natural (previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 33.º). Sendo necessário, por força de qualquer uma das referidas fontes, a sua preterição conduz à ilegitimidade⁶² da parte que os litisconsortes

⁶⁰ Ou seja, um sujeito que não é parte na instância constituída.

⁶¹ Ou, nas palavras de João Pedro Pinto-Ferreira, figuras que correspondem a “traduções processuais da pluralidade de partes”. Vide JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Litisconsórcio Necessário Legal e Litisconsórcio Necessário Natural. A Necessidade ou Não da Distinção”, *Themis – Revista da NOVA School of Law*, ano X, n.º 19, Almedina, 2010, pp. 73-113, p. 74.

⁶² ANTUNES VARELA; J. MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA; *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Limitada, 1985, p. 165.

representam, exceção dilatória que, se não vier a ser suprida, leva à absolvição da instância. Isso mesmo resulta do entendimento conjugado do disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 33.º, *in fine*, artigo 577.º, al. e) e artigo 576.º, n.º 2, todos do CPC.

Sendo legal – como o próprio conceito indicia –, é a lei que impõe a necessidade da presença de todos os sujeitos. Isto sucede entre cônjuges, verificadas as circunstâncias previstas no artigo 34.º do CPC; no caso de habilitação dos sucessores da parte falecida, previsto nos artigos 351.º e ss.; no caso da ação de consignação em depósito, prevista no artigo 1030.º, n.º 1 do CC; no caso do exercício do direito de preferência, previsto no artigo 496.º, n.º 2 do CC; na ação de indemnização por danos não patrimoniais decorrentes de morte da vítima, prevista no artigo 496.º, n.º 2 do CC; na ação de responsabilidade contra o comitente e o comissário, prevista no artigo 500.º, n.º 1 do CC; na ação relativa a coisas indivisíveis, com pluralidade de credores, prevista no artigo 535.º, n.º 1 do CC; na ação sub-rogatória, prevista no artigo 608.º do CC; entre outros⁶³.

Sendo convencional, tal significa que a necessidade de os sujeitos estarem impreterivelmente na ação decorre de estipulação contratual⁶⁴. No que a esta modalidade se refere, Miguel Teixeira de Sousa faz notar que, para a determinação do seu âmbito, deve analisar-se o regime das obrigações divisíveis e indivisíveis⁶⁵.

Sendo natural, a presença dos sujeitos é imposta pela circunstância de a sua ausência impedir que a decisão final produza o seu efeito útil normal. Dentro deste conceito podem caber diversas realidades – na verdade é bastante controvertido o alcance da expressão “efeito útil normal”⁶⁶, mantendo-se as dúvidas mesmo depois do aditamento do correspondente ao n.º 3 do artigo 33.º, ao então artigo 28.º do CPC de 1961 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro), no qual passou a constar uma definição para “efeito útil normal”, determinando-se que a decisão produziria o seu efeito útil normal, e transpondo as palavras do próprio preceito, “sempre que, não vinculando embora os

⁶³ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, pp. 156 e 157.

⁶⁴ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Liticonsórcio Necessário Legal (...)”, 2010, p. 82.

⁶⁵ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, p. 160.

⁶⁶ Reforçando este aspeto, vide LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 77, § 3.

restantes interessados, possa regular definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado”⁶⁷.

A redação do preceito denota um escopo bastante amplo, que não nos parece corresponder ao pretendido. Se bem o entendemos, o litisconsórcio necessário surge como exceção à regra, que será a da voluntariedade do litisconsórcio⁶⁸, pelo facto de o necessário impor grandes constrangimentos à parte que depende do terceiro para se poder considerar legítima na ação e, assim, fazer valer o seu direito, por forma a reduzir eventuais prejuízos decorrentes de constrangimentos associados à necessidade imperiosa de trazer o terceiro à ação, podendo colocar-se em causa a utilidade que o exercício tempestivo do direito tinha para o Autor ou prejudicando, eventualmente, a defesa do Réu⁶⁹.

Numa tentativa de reduzir o amplo escopo que parece resultar do n.º 3 do artigo 33º, defende-se que por via do litisconsórcio necessário natural não se pretende “evitar decisões contraditórias nos seus fundamentos, mas evitar sentenças – ou outras providências – inúteis por, por um lado, não vincularem os terceiros interessados e, por outro, não poderem produzir o seu efeito típico em face apenas das partes processuais”⁷⁰.

Também neste sentido parece apontar o entendimento de Paula Costa e Silva que refere que o critério legal do efeito útil normal tem uma função “que se não confunde com a harmonia de decisões relativas a uma mesma situação de vida. O que releva é a possibilidade de, sem os demais intervenientes na situação substantiva litigiosa, a decisão regular definitivamente as posições jurídicas dos sujeitos processuais”⁷¹.

⁶⁷ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Litisconsórcio Necessário Legal (...)”, 2010, p. 84, apresenta uma súmula do que se entende por litisconsórcio natural, que transcrevemos para clarificação de ideias: “(...) o litisconsórcio natural abrange todos os casos em que nada se possa decidir em definitivo senão em face de todos os interessados, em resultado da interdependência de interesses entre eles existente ou da indivisibilidade da relação material controvertida”.

⁶⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes* (...), 2017, p. 243.

⁶⁹ Cremos que é este o entendimento a retirar de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Litisconsórcio Necessário Legal (...)”, 2010, p. 81.

⁷⁰ Vide LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 78.

⁷¹ PAULA COSTA E SILVA; MARCO GRADI, *A Intervenção de Terceiros* (...), 2009, p. 14.

2.1.2. Do litisconsórcio voluntário

O litisconsórcio voluntário surge regulado no artigo 32.^o do CPC e qualifica-se como voluntário pelo facto de a sua constituição depender da vontade dos sujeitos⁷². A sua não constituição não gera, assim, qualquer ilegitimidade das partes presentes em juízo⁷³, simplesmente limita o conhecimento do objeto do litígio à quota-parte respeitante ao interveniente em juízo⁷⁴.

O recurso ao litisconsórcio voluntário demonstra, em especial, uma opção do litisconsorte pela prevalência do princípio da economia processual, ainda que de forma não consciente: reduzirá custos, reduzirá o risco de decisões contraditórias e concentrará esforços de defesa. Note-se porém que, sendo deixado nas mãos das partes a possibilidade de optar pela sua constituição, fica o tribunal, no caso de o litisconsórcio não se vir a constituir, limitado no conhecimento do objeto do litígio, reduzindo, pelo menos em abstrato, a eficiência⁷⁵, aumentando o risco de decisões contraditórias e fazendo um uso duplicado do sistema judiciário por, no futuro, aquele objeto vir possivelmente a ser uma vez mais apreciado, na quota-parte faltosa, tendo de ser produzidos novamente os meios de prova, com o natural dispêndio de tempo e meios a isso associados.

Assim, na consagração do regime do litisconsórcio voluntário e no confronto entre o princípio da economia processual e o princípio do dispositivo, o legislador optou claramente pelo princípio do dispositivo, cabendo às partes fazer a ponderação, no caso concreto, consoante os demais interesses em causa.

Note-se que a distinção entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio voluntário não se afigura tão simples quanto à partida possa parecer. Na verdade, encontram-se na jurisprudência portuguesa decisões

⁷² ANTUNES VARELA; J. MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA; *Manual de Processo Civil*, 1985, p. 162; LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 75, § 2.

⁷³ ANTUNES VARELA; J. MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA; *Manual de Processo*, 1985, p. 164, nota de rodapé n.º 2; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes (...)*, 2017, p. 243.

⁷⁴ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 76.

⁷⁵ Apesar de, em abstrato, se poder reduzir o tempo até ao proferimento de uma decisão final, aspeto que afeta a ponderação da eficiência.

contraditórias⁷⁶. cremos que tal se deve à circunstância de a fronteira ser muito ténue entre ambos, quando apreciada no caso concreto, em particular entre litisconsórcio necessário natural e litisconsórcio voluntário. A distinção não é inócua quanto aos efeitos, atendendo a que pode estar em causa a ilegitimidade processual de uma das partes. Entendemos que, no que a esta questão se refere, a pedra de toque poderá estar na excecionalidade do regime do litisconsórcio necessário. Ainda assim, todos beneficiaríamos de uma previsão legal um pouco mais objetiva, que oferecesse maior transparência e clareza quanto ao escopo do litisconsórcio necessário natural⁷⁷.

2.2. Modalidades de intervenção de terceiros

2.2.1. Da Intervenção Principal

Por via de um incidente de intervenção principal, o terceiro adquire a qualidade de parte principal, ou seja, irá “constituir-se como autor ou réu”⁷⁸, em litisconsórcio com um deles. Para tanto, o terceiro deverá ser titular de uma situação subjetiva própria e paralela à alegada pelo autor ou pelo réu⁷⁹.

A intervenção principal pode ser espontânea, quando a iniciativa para participar na ação é do próprio terceiro. Entre nós, encontra-se regulada entre os artigos 311.º e 315.º do CPC. Para o efeito, o terceiro deverá ter, em relação ao objeto da causa, um interesse igual ao do autor ou do réu, que permita a constituição de um litisconsórcio necessário ou voluntário (artigo 311.º do CPC). Numa leitura breve do próprio preceito,

⁷⁶ Vide, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.12.2010, Proc. N.º 108/05.6TBM.TA.L1-1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12.01.2017, Proc. N.º 8216/13.3CLRS.L1-8; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.05.2018, Proc. N.º 360/14.6TBVFX.L2-6, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁷ Tendemos, assim, a acompanhar a conclusão de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “Litisconsórcio Necessário Legal (...)”, 2010. Parece-nos que a natureza das coisas há de, em última análise, radicar nas normas que, de forma mais ou menos clara, denotarão a necessidade de litisconsórcio necessário dos sujeitos.

⁷⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 217.

⁷⁹ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, p. 181.

poderiam parecer excluídas as relações juridicamente dependentes ou subordinadas. Todavia, para que situações como a obrigação acessória do fiador ou a ação sub-rogatória não se entendam por excluídas do preceito, deverá interpretar-se a expressão “interesse igual” extensivamente, pois não parece haver motivo atendível para que se exclua a iniciativa de intervenção do terceiro⁸⁰.

A intervenção principal pode também ser provocada, quando a intervenção do terceiro seja suscitada por uma das partes, modalidade que se encontra regulada entre os artigos 316.º e 320.º do CPC. Para tal, o autor do chamamento deverá alegar e justificar a causa do chamamento e o interesse que a intervenção do terceiro visa acautelar⁸¹. Porém, a intervenção principal provocada apenas dará lugar a uma situação de litisconsórcio, necessário ou voluntário⁸², enquanto a intervenção principal espontânea poderá originar, ainda, em situações muito específicas, casos de coligação necessária⁸³.

2.2.2. Da Intervenção Acessória

A intervenção acessória encontra-se regulada nos artigos 321.º a 332.º do CPC e, tal como a intervenção principal, subdivide-se entre intervenção provocada e espontânea, mas o seu escopo em nada se confunde com o da intervenção principal.

No que se refere à intervenção provocada, regulada nos artigos 321.º a 324.º do CPC, esta pode somente ser requerida pelo réu, quando este apresente a sua contestação, ou, não o fazendo, no prazo em que a deveria apresentar. Para ser chamado como parte acessória, o terceiro carecerá necessariamente de legitimidade para intervir no processo como parte principal. O terceiro intervirá por ser responsável pelos danos produzidos

⁸⁰ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 607.

⁸¹ PAULA COSTA E SILVA; MARCO GRADI, *A Intervenção de Terceiros (...)*, 2009, p. 16.

⁸² LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 615.

⁸³ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 607.

na esfera jurídica do réu no caso de a ação proceder, ou seja, sendo a ação julgada procedente, o réu terá um direito de regresso face ao terceiro, derivado de uma relação conexa⁸⁴ com o objeto do processo.

No caso da intervenção acessória espontânea, regulada entre os artigos 326.º e 332.º, esta recebe a designação de assistência, porque é nessa qualidade que o terceiro irá intervir. Será admitida quando, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 326.º, o terceiro que pretende intervir tenha um interesse jurídico em que a decisão final seja favorável à parte que assiste⁸⁵, mesmo que não venha a ser parte na causa, ou esteja vinculado a um direito de regresso de uma das partes já constituídas⁸⁶. Contudo, apesar de estar sujeito aos mesmos direitos e deveres da parte assistida, dispõe de uma liberdade de atuação limitada, na medida em que a sua atuação está dependente da da parte assistida, não podendo realizar atos cuja possibilidade de efetivação esteja já precludida, nem assumir atitude que esteja em oposição com a da referida parte.

2.2.3. Da Oposição

Por meio de oposição⁸⁷, participa no processo um terceiro titular de uma situação jurídica incompatível com a alegada pelo autor ou pelo réu reconvinente.

Tal como a intervenção, a oposição pode ser espontânea ou provocada. A oposição espontânea surge regulada entre os artigos 333.º e 337.º e é a que se verifica quando, por sua própria iniciativa, um terceiro pretende fazer valer, no confronto de ambas as partes, um direito próprio

⁸⁴ Como exemplos de relações conexas, Miguel Teixeira de Sousa refere a relação de garantia num sentido próprio, i.e., no caso da seguradora para quem se transmitiu o risco pela atividade, ou num sentido impróprio, i.e., no caso de subcontratos ou contratos em cadeia. Vide MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, p. 180.

⁸⁵ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 639, §1.

⁸⁶ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, p. 177; LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 640.

⁸⁷ A oposição encontra-se regulada entre os artigos 333.º e 350.º do CPC, correspondentes à regulação da oposição espontânea, oposição provocada e oposição mediante embargos de executado.

incompatível com o pedido do autor ou do reconvinte (artigo 333.º, n.º 1 do CPC)⁸⁸.

Já a oposição provocada, regulada entre os artigos 338.º e 341.º, terá de ser requerida pelo réu ou pelo autor reconvindo e apenas tem lugar quando esteja em causa o direito a uma prestação da qual o requerente da intervenção se reconhece como devedor, pretendendo somente que se esclareça o titular do direito a essa prestação⁸⁹.

3. Da intervenção de terceiros na LAV

Como acima se deixou dito, a elaboração da LAV foi bastante inspirada na Lei-Modelo de arbitragem da UNCITRAL, pelo que importa notar que a mesma não regula a intervenção de terceiros⁹⁰, apesar de, aquando da sua revisão de 2006, já a temática se encontrar regulada em diversos ordenamentos jurídicos ou regulamentos de arbitragem, incluindo as próprias regras de arbitragem da UNCITRAL.

Não obstante a ausência de regulação na Lei-Modelo da UNCITRAL, a verdade é que a mesma prevê mecanismos de nomeação de árbitros em arbitragens com pluralidade de sujeitos. Todavia, pressupõe que estes apenas podem ser enquadrados numa de duas categorias: Requerente(s) ou Requerido(s)⁹¹.

A realidade, todavia, nem sempre se coaduna com tal dualismo, sendo cada vez mais comum a maior complexidade dos litígios e, bem assim, a tendência para a pluralidade de partes, o que levou a que se considerasse necessário regular a intervenção de terceiros, acompanhando, assim, uma tendência que lentamente se foi verificando noutros pontos do globo⁹².

⁸⁸ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Estudos (...)*, 1997, p. 187.

⁸⁹ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 2014, p. 654, §2.

⁹⁰ MIGUEL GALVÃO TELES, “Addition of Parties: a Vacuum Left by the Model Law in Need of Internationally Approved Rules”, in *Escritos Jurídicos*, Volume I, Almedina, 2013, p. 567, §5; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Reimpressão, Almedina, 2016, p. 334, ¶ 3.

⁹¹ NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes (...)”, 2009, p. 351.

⁹² Neste sentido, *vide* APA, Notas justificativas revistas da proposta de nova LAV, de 14 de maio de 2010, p. 31, nota 114, que se manteve igual na revisão de 20 a 25 de julho de 2011,

Assim, o legislador viu-se na necessidade de endereçar esta questão diretamente, o que fez no artigo 36.º da LAV. A composição do preceito que passou para a redação final da LAV é muito extensa⁹³, nela se regulando não só a pluralidade sucessiva de partes, como também, ainda que de forma mais lateral e menos delongada, a reconvenção, no n.º 4 do referido artigo.

3.1. Pressupostos subjetivos da intervenção de terceiro(s) na LAV

Começando pelo teor do n.º 1 do artigo 36.º, deste resulta que só podem intervir terceiros vinculados pela convenção arbitral relevante, seja porque dela são parte original, seja porque a ela aderiram. Do preceito resulta ainda que a eficácia da adesão, mesmo que limitada ao procedimento arbitral concretamente em causa, depende de consentimento de todas as partes da convenção original. Esta solução está em linha com o princípio da relatividade dos contratos. Deverá ainda entender-se que esta adesão, para que produza os seus normais efeitos, deverá ser realizada por escrito, atento o requisito de redução a escrito da convenção de arbitragem, vertido no artigo 2.º, n.º 1 da LAV⁹⁴.

Embora a consagração desta necessidade de consentimento seja um fundamento óbvio – afinal, é no consentimento manifestado pelas partes em suprimir da jurisdição judicial, em favor da jurisdição arbitral, litígios com determinado objeto que se funda esta última –, a LAV não entra na questão de saber se este consentimento para a adesão pode ser implícito, ou seja, se pode ser depreendido da remissão para a aplicação de regras de procedimento fixadas pelas partes que prevejam a intervenção de terceiros e a adesão ou até da aplicação da *lex fori* por via da simples fixação da sede da arbitragem determinada pelas partes. Apesar de nos parecer uma questão de lateral relevância que não se colocará perante uma situação em que a LAV seja aplicável, atenta a redação do

ambos disponíveis em <https://arbitragem.pt/pt/apa/projetos/lei-arbitragem-voluntaria>; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 334, § 3 e ss.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 334, § 2.

⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 337, § 25.

preceito⁹⁵, o que talvez justifique que nenhum dos comentários à LAV a enderece diretamente⁹⁶, propomo-nos, ainda assim, a justificar este entendimento.

Em geral, o problema do consentimento implícito⁹⁷ afere-se em relação à intervenção do terceiro e leva-nos a ponderar a possibilidade de o consentimento pelas partes em litígio, sendo necessário para admitir a intervenção do terceiro, se poder depreender da circunstância de as partes terem selecionado uma lei processual ou regulamento que disciplina a possibilidade de terceiros intervirem, sendo, por isso, uma hipótese com que as partes contam à partida, por terem selecionado aquele foro ou aquele regulamento.

No caso do consentimento implícito à adesão por um terceiro a uma convenção de arbitragem⁹⁸, este permitiria depreendê-lo da circunstância de as partes terem selecionado uma lei processual ou regulamento que

⁹⁵ No primeiro projeto da LAV, apresentado pela APA em 2009 e disponível em <https://arbitragem.pt/pt/apa/projetos/lei-arbitragem-voluntaria>, era necessário o consentimento das partes para a intervenção do terceiro, requisito que se abandonou nas versões posteriores e final. Em tal cenário, a análise da suficiência de um consentimento implícito adquiriria outra relevância.

⁹⁶ Note-se que a maioria dos comentários oferecidos à LAV também não endereça esta questão. Veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 337, § 22 a 25; Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária: anotada*, 3.ª Edição revista e atualizada, Almedina, 2018, p. 114. Numa postura manifestamente contra esta possibilidade, *vide* Mário Esteves de Oliveira *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014, p. 429. Numa postura bastante permissiva e mais próxima da que perfilhamos, embora não aderindo à totalidade dos seus argumentos, *vide* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2018, pp. 141 e ss., § 4 a 6.

⁹⁷ Sobre o consentimento implícito, *vide* BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty (...)*, 2006, p. 8, § 10 e p. 32, § 66 e ss.; MICHAEL PRYLES; JEFFREY WAINCYMER, “Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties”, in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 485, § d.; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1427 a 1431, §[C].

⁹⁸ Este consentimento deverá ser analisado à luz das leis material e processual *in casu* aplicáveis, o que poderá ser dificultado se as normas processuais e materiais respeitarem a ordenamentos jurídicos distintos ou se as normas provierem de ordenamentos jurídicos que nem sequer são da mesma família jurídica, o que não será incomum, se atendermos a que o recurso à Arbitragem é, nas mais das vezes, imposto pelo facto de as relações jurídicas se estabelecerem entre partes plurilocalizadas.

prevê a possibilidade de terceiros aderirem à convenção, sendo, novamente, uma hipótese com que as partes contam à partida, por terem selecionado aquele foro ou aquele regulamento. Ora, se as partes se limitaram a fixar em Portugal a sede da arbitragem, sabendo que, nada dizendo, seria aplicável a LAV⁹⁹, o facto desta prever a possibilidade de terceiros intervirem em processo arbitral é, por si só, demonstração de consentimento das partes iniciais quanto à admissibilidade da adesão de um terceiro? Seria esta circunstância suficiente para se extrair tal presunção?

Note-se que não são despidiendos os efeitos da conclusão que se alcance, sobretudo se conjugada com uma teoria de extensão, como a do garante. Vejamos: se se concluir que o consentimento para a adesão se basta com a definição da sede da arbitragem, então pode ser feito intervir um garante vinculado a um contrato sem uma convenção de arbitragem, conquanto esse garante adira por escrito. Nesta eventualidade, não seria necessário o consentimento das partes iniciais para a adesão, porque tal fora concedido no momento de seleção da sede da arbitragem.

Esta solução encontra-se consagrada no Regulamento da LCIA e, não obstante alguns comentários que por vezes lhe são dirigidos¹⁰⁰, a verdade é que poderá funcionar como um elemento diferenciador atrativo. E, conquanto pareça, à partida, lesar, sem contrapeso que o mereça, o princípio da autonomia da vontade, a verdade é que este entendimento depende da configuração do consentimento prestado, designadamente, da preponderância que se dê ao elemento pessoal da convenção. Certo é que os princípios estruturantes da arbitragem e, bem assim, o seu *habitat*, sempre impediriam que se desvirtuasse.

⁹⁹ A LAV é aplicável a todas as arbitragens que elejam Portugal como país da sede, conforme resulta do disposto no seu artigo 61.º. Contudo, o regime do artigo 36.º da LAV é supletivo, segundo resulta do seu n.º 7, pelo que este preceito só será o centro do enquadramento e da análise da intervenção de terceiros se as partes remeteram para um regulamento de arbitragem que não regula a intervenção de terceiros, caso em que se aplica o regime supletivo da LAV; ou se as partes, numa arbitragem *ad hoc* com sede em Portugal, nada previram na convenção de arbitragem quanto à intervenção de terceiros.

¹⁰⁰ CRISTIÁN CONEJERO ROOS, “Multi-party (...)”, 2009, pp. 422 e 423, §b.

Seja pela especialização dos árbitros, seja por pairar sempre uma ideia de celeridade, seja por não haver manifesto interesse em destabilizar a instância nem em causar atrasos injustificados ao nível das mais-valias que, em abstrato, a arbitragem permite gerar, seja pela possibilidade de se afastarem os árbitros quando a sua isenção e idoneidade é questionável, seja pela possibilidade de se anularem decisões arbitrais quando os princípios fundamentais tanto da arbitragem, como de ordem pública estão postos em risco, cremos que o perigo decorrente da aparente lesão do princípio da autonomia da vontade é mais aparente do que real e encontra-se bastante mitigado. Assim é, em particular, porque a admissão da intervenção ao abrigo da LAV depende do proferimento de decisão condicionada à verificação de vários pressupostos.

Não obstante quanto se deixa dito, o certo é que a LAV oferece, de forma clara, o seu conceito de terceiro relevante, cingindo-o assim àqueles que, original ou sucessivamente, são partes da convenção¹⁰¹. Mas será que esta formulação é assim tão isenta de dúvidas?

Cremos que não – antes levanta, todavia, a questão de saber se, ao abrigo do disposto neste preceito, se poderão ter como terceiros vinculados à convenção aqueles que assim se considerem por virtude das diversas doutrinas de extensão da convenção arbitral. A LAV não as refere e as anotações ao presente preceito não o indicam de forma clara, havendo, aliás, quem não o conceda, pela imperiosa prevalência da autonomia da vontade, segurança e confiança jurídicas¹⁰².

Não nos parece, contudo, que assim o seja de forma absoluta e irreduzível, nem tampouco nos é possível concluir que tal interpretação beneficie impreterivelmente as partes em litígio.

Desde logo, porque as partes existem num contexto jurídico concreto, que não deve ser ignorado ao analisar-se a possibilidade de extensão. É certo que o ponto de partida tem, necessariamente, de ser a convenção

¹⁰¹ Esta circunstância leva a que, em Mário Esteves de Oliveira *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014, p. 428, se afirme que o “conceito de “terceiro” afere-se portanto (...) em face do procedimento ou do processo arbitral, não face à convenção de arbitragem na medida em que, para poder ser admitido a intervir, o pretendente (ou provocado) tem que estar a ela vinculado, inicial ou subsequentemente, como uma das suas partes”.

¹⁰² Mário Esteves de Oliveira *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014, p. 429.

de arbitragem e a sua interpretação cuidada. Todavia, por respeito a um princípio basilar do Direito – o princípio da boa-fé¹⁰³ – não parece dever excluir-se, cegamente e de forma liminar, a aplicação das teorias de extensão.

Não se quer, contudo, insinuar que a verificação de alguma das circunstâncias típicas que admite a operacionalidade de teorias de extensão, como uma situação de domínio, impõe, por si só, a extensão da convenção de arbitragem¹⁰⁴. Porém, estas circunstâncias, verificadas *in casu*, devem permitir que se pondere a extensão da convenção para admitir a intervenção, desde que balizada pelos demais critérios legais e princípios do processo arbitral.

Ainda neste âmbito, o que dizer da admissibilidade de vinculação a um processo arbitral pela existência de convenções arbitrais compatíveis, em particular, quando estamos perante uma única realidade económica, ou quando todos os contratos, embora celebrados entre partes distintas, visaram um único fim, partilhado entre todas as partes, contendo uma cláusula arbitral exatamente com o mesmo conteúdo, ou uma cláusula arbitral que resulta de remissão para o contrato principal?

A letra do n.º 1 do artigo 36.º parece obstar a uma resposta favorável à intervenção neste cenário – o que nos parece limitador, num diploma que se quer residual e de bases. Veja-se que não está em causa a admissibilidade de uma convenção de arbitragem ser celebrada mediante remissão para uma outra preexistente – tal hipótese é, de resto, expressamente admitida pelo n.º 4 do artigo 2.º da LAV. Trata-se, antes, de saber se a resolução conjunta do litígio é obstaculizada pela ausência de adesão quando existam convenções arbitrais idênticas, i.e., que partilham o modo de composição do tribunal arbitral e as regras processuais e materiais aplicáveis e havendo um interesse legítimo em que todos estejam em juízo. Parece-nos, assim, que tal hipótese estará vedada à luz da nossa LAV.

Note-se que a admissibilidade da intervenção de um terceiro, tendo por base convenções compatíveis, tornaria desnecessária a adesão a

¹⁰³ Princípio que, sendo fundamental, não está por detrás de todas as teorias de extensão. Será o caso flagrante da intervenção de terceiros beneficiários e de garantantes. *Vide* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, pp. 168 e ss.

¹⁰⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 169.

qualquer convenção porque bastaria aquela a que o mesmo inicialmente se vinculou. Dir-se-á: admitindo-se o consentimento implícito da adesão, não há necessidade de recorrer à ideia de convenções compatíveis, porque querendo o terceiro intervir aderindo à convenção, sendo a adesão um ato unilateral¹⁰⁵, seria bastante por si.

Assim será somente se a doutrina do consentimento implícito for aceite. Não o sendo, poderá ver-se dificultada a intervenção do terceiro já disposto a ver dirimido o litígio perante a jurisdição arbitral. Note-se que a hipótese de existirem convenções de arbitragem compatíveis com base nas quais se pudesse fazer um terceiro intervir surgia já regulada no Regulamento do CAC, na sua versão de 2008, na qual, contudo, se parecia exigir que todos os intervenientes estivessem vinculados por todas as convenções de arbitragem em causa. A versão do Regulamento do CAC de 2014 é mais permissiva, parecendo abdicar da exigência de todos os intervenientes do processo arbitral estarem vinculados a todas as convenções invocadas, bastando que o terceiro esteja vinculado a uma convenção compatível com a que funda o requerimento de arbitragem e as circunstâncias da celebração das convenções permitam depreender que todas as partes aceitaram que o mesmo processo arbitral pudesse decorrer entre todas elas. Esta redação permite mais facilmente fazer intervir um garante que, não figurando no contrato principal, a ele não possa deixar de se considerar vinculado e, assim, também à convenção de arbitragem, nomeadamente, por via da remissão, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento do CAC. Esta não foi, contudo, a opção do legislador nacional.

3.2. Iniciativa e decisão quanto à intervenção de terceiro(s)

O n.º 2 do artigo 36.º da LAV esclarece-nos o âmbito subjetivo da iniciativa da intervenção do terceiro, sendo possível tanto a intervenção

¹⁰⁵ Uma de duas conclusões se terá de retirar da expressão “adesão” no contexto da intervenção de terceiros: ou a expressão significa uma realidade distinta do verdadeiro sentido jurídico, pretendendo designar-se uma outra, talvez próxima e paralela, da que efetivamente se designa pelo recurso à expressão, gerando-se, assim, alguma confusão, tendo-se feito um uso incorreto do termo; ou não é verdadeiramente necessário o consentimento das partes para que o terceiro possa aderir à convenção.

espontânea, como a provocada. Encontrando-se, todavia, constituído o tribunal, essa intervenção carece de declaração de aceitação, por parte do terceiro, da composição do tribunal arbitral já constituído, a qual será, contudo, dispensada no caso de a intervenção ser espontânea, situação em que o consentimento se presume. Deste preceito não se depreende, contudo, a qualidade em que o terceiro irá intervir (se será um interveniente principal ou acessório).

O teor do n.º 2 do artigo 36.º deve ainda ser articulado com o disposto no n.º 6 do mesmo artigo, para se determinarem as condições de que depende a admissibilidade da intervenção de terceiros antes da constituição do tribunal arbitral: a intervenção é requerida numa arbitragem institucionalizada e o regulamento de arbitragem aplicável garante impreterivelmente o respeito pelo princípio da igualdade na participação de todas as partes no que à escolha dos árbitros se refere¹⁰⁶.

Da conjugação destes preceitos retira-se, desde logo, que se estivermos perante arbitragem *ad hoc*, não é possível um terceiro intervir em momento anterior à constituição do tribunal arbitral. Pode questionar-se: será também assim se numa arbitragem *ad hoc* se estabelecer como regras de processo as de um regulamento de arbitragem? As hipóteses práticas em que tal situação se poderá vir a verificar são ínfimas. Regulamentos como o da CCI, ou mesmo o do CAC, presumem a atribuição de competências aos respetivos centros para administrar a arbitragem em conformidade com o regulamento sempre que as partes remetam para o mesmo¹⁰⁷.

A previsão de uma distinção de tratamento quanto ao momento em que tal intervenção pode ser suscitada, consoante a arbitragem seja institucionalizada ou *ad hoc*, prende-se, cremos, com a circunstância de na primeira existir um órgão administrador do processo, o que não sucede na arbitragem *ad hoc*. Nesta só o próprio tribunal arbitral pode gerir e decidir todas as questões suscitadas pelas partes. Sendo assim, mesmo que numa arbitragem *ad hoc* as regras de processo aplicáveis sejam as de um regulamento, fica afastada a possibilidade de a intervenção de terceiros ser suscitada anteriormente à constituição do tribunal arbitral,

¹⁰⁶ Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 262.

¹⁰⁷ Artigos 2.º, n.º 2 do Regulamento do CAC e 1.º, n.º 2 do Regulamento da CCI. Vide, ainda, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 237.

porquanto nesse momento inexistirá qualquer órgão que permita gerir a intervenção do terceiro, admitindo-a ou rejeitando-a¹⁰⁸.

Do n.º 6 deste artigo 36.º resultam ainda algumas limitações adicionais relacionadas com a circunstância de o regulamento de arbitragem aplicável à arbitragem institucionalizada assegurar a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros.

A preocupação patente neste preceito parece-nos, com o devido respeito por melhor opinião, redundante. O foco no princípio da igualdade de participação das partes parece denotar que, se o mesmo não estiver assegurado, não será admissível a intervenção de terceiros em arbitragem institucionalizada, concretizada em momento anterior à constituição do tribunal arbitral, denotando algum paternalismo por parte do legislador, eventualmente excessivo. Com efeito, o princípio da igualdade de participação das partes encontra quase sempre consagração expressa nos regulamentos e nas leis que preveem a arbitragem voluntária¹⁰⁹, sendo iminentes a qualquer processo arbitral. Paralelamente, a sua inobservância é fundamento de anulação de laudos arbitrais¹¹⁰, pelo que não se afigura crível que o mesmo não fosse especialmente atendido numa situação tão delicada como a intervenção de terceiros tende a ser.

Assim, concluímos, por recurso à expressão utilizada por Menezes Cordeiro, que este número nos apresenta um “regime restritivo”¹¹¹ da intervenção de terceiros anterior à constituição do tribunal arbitral, cujas limitações, referentes à arbitragem *ad hoc*, são compreensíveis, mas já não as aparentemente introduzidas à arbitragem institucionalizada, dado que

¹⁰⁸ É certo que, na maioria dos casos, a decisão proferida pela entidade administradora do processo não é final, podendo o tribunal arbitral alterá-la. Não obstante, a gestão relativamente, por exemplo, à nomeação dos árbitros, é somente possível se houver um ente a quem se reconheça legitimidade para, pelo menos de forma preliminar, resolver as questões concretamente colocadas.

¹⁰⁹ A título de exemplo, vejam-se os artigos 30.º, n.º 2, al. b) da LAV; 18.º, n.º 2 do Regulamento do CAC, 22.º, n.º 4 do Regulamento da CCI; 14.4. (i) do Regulamento da LCIA; 17.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.

¹¹⁰ Neste sentido, *vide* o artigo 46.º, n.º 3, al. a), ii) da LAV.

¹¹¹ Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 340, § 49.

resultam já do espírito da arbitragem e da maioria¹¹² dos regulamentos de arbitragem, atenta a relevância dos valores que visam salvaguardar, sendo, por esse motivo, desnecessária a sua menção nesta sede por, verdadeiramente, não ser introduzida nenhuma limitação adicional.

3.3. Pressupostos objetivos da intervenção de terceiro(s) na LAV

Do n.º 3 do artigo 36.º resultam as limitações materiais à intervenção de terceiros¹¹³, sendo, por esse motivo, o normativo central no contexto deste artigo.

O preceito começa por limitar a competência decisória da admissibilidade da intervenção, reconduzindo-a ao tribunal arbitral, após audição das partes iniciais e do terceiro, e verificadas três condições: (i) a intervenção não perturba o normal andamento do processo arbitral; (ii) existem razões de relevo que justificam a intervenção do terceiro; e (iii) o pedido deduzido que justifica a requisição da intervenção do terceiro (e não o pedido de intervenção do terceiro) não deverá ser manifestamente inviável.

O conceito “razões de relevo” é, por si só, indeterminado, o que talvez tenha justificado a opção do legislador de delinear um elenco de situações em que considera estarem verificadas essas “razões de relevo”¹¹⁴.

Todavia, esse elenco de situações corresponde às que, tradicionalmente, se destacam no nosso CPC e encontram-se delimitadas a partir de conceitos intrínsecos do processo civil, muito embora não se recorra, em todos os casos, às mesmas expressões.

Na alínea a) do n.º 3, determina-se que será razão de relevo a existência, na esfera jurídica do terceiro, de um interesse em relação ao objeto da causa igual ao do demandante ou do demandado que justifique que o terceiro e uma das partes da causa estejam em litisconsórcio voluntário

¹¹² Dizemos maioria (e não todos) porque não temos conhecimento de todos quantos existem, pese embora constem de todos quantos conhecemos.

¹¹³ Apresentando uma outra divisão e concluindo que neste preceito nos deparamos com “condições procedimentais”, *vide* MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 170 e ss.

¹¹⁴ Elenco que, note-se, não será taxativo, atento o recurso à expressão “em particular”.

ou que imponham que esses mesmos intervenientes estejam em litisconsórcio necessário.

Ao abrigo desta alínea, cabem situações tradicionalmente referidas como de intervenção principal. Note-se, porém, que as fronteiras entre os conceitos de intervenção principal ou acessória e intervenção provocada ou espontânea são tão porosas, que nem entre os autores que ousam comparar as figuras se reúne consenso quanto à figura processual que inspirou a alínea a)¹¹⁵ – o que, só por si, deveria afastar a transposição desta configuração processualista tradicional para a arbitragem.

A principal crítica a apontar a esta alínea – antevê-se – prende-se com a circunstância de aquela condicionar a intervenção do terceiro que tenha, em relação ao objeto da causa, um interesse igual ao de uma das partes, aos casos em que seria necessário que interviesse (litisconsórcio necessário) ou aos casos em que pudesse intervir como litisconsorte (litisconsórcio voluntário). Contudo, não se define, nem neste nem noutro qualquer preceito da LAV, o que se entenda por litisconsórcio, nem se oferecem critérios que permitam distinguir o necessário do voluntário.

A tendência será, necessariamente, a de interpretar este conceito à luz do CPC e das considerações doutrinárias tecidas a propósito destas figuras. Haverá outra alternativa? Estaremos perante uma figura distinta?

A resposta mais óbvia, pelo menos a esta última questão, será negativa. A tendência de um aplicador conhecedor do sistema jurídico português será a de não conseguir dissociar-se do conceito tal como definido na doutrina processualista tradicional, definição essa que também não se afigura simples, atento o facto de a lei não definir o termo e limitar-se a apresentar circunstâncias que, tendencialmente, configurariam litisconsórcio, necessário ou voluntário, e, bem assim, identificar características que um e outro deveriam ter, socorrendo-se de conceitos gerais e

¹¹⁵ No sentido de que estamos perante intervenção principal, vide MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 175; Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*(...), 2018, p. 115; classificando esta alínea como prevendo uma situação de intervenção espontânea principal, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 339, § 34. Não oferecendo qualquer comparação neste ponto, vide Mário Esteves de Oliveira *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014, pp. 423-437.

indeterminados que, atenta a potencial relevância do tema¹¹⁶, dificultam a tarefa do aplicador.

A alínea b) do n.º 3 estabelece como razão de relevo a intenção do terceiro de formular contra o demandado um pedido que incida sobre o mesmo objeto que o do demandante, mas que com ele seja incompatível. Esta alínea é das poucas que parece reunir consenso em torno da figura processual civil que replica: a oposição¹¹⁷. Repare-se, contudo, que não o faz por recurso à expressão “oposição”, mas sim por recurso parcial à definição desta modalidade de intervenção de terceiros, conforme oferecida pelo n.º 1 do artigo 333.º do CPC.

A consideração da hipótese prevista nesta alínea como uma “razão de relevo” é facilmente apreensível: a definitiva composição do litígio imporá que o terceiro intervenha para evitar que coexistam decisões materialmente incompatíveis entre si.

A alínea c) do n.º 3 estabelece como razão de relevo a possibilidade de, por exemplo, o demandado contra quem seja invocado um crédito que possa ser caracterizado como solidário, pretender que os demais credores solidários fiquem vinculados pela decisão final a proferir. Esta razão de relevo, embora de facto justifique que o terceiro intervenha, parece surgir como uma repetição do que já resultava da alínea a), se interpretarmos o conceito de litisconsórcio voluntário constante da referida alínea à luz do CPC¹¹⁸. Uma vez mais, a doutrina que comenta este preceito divide-se quanto ao tipo de intervenção aqui em causa, havendo quem aponte para a intervenção acessória¹¹⁹ e quem aponte para a intervenção principal¹²⁰. Destarte, a eventualidade de um terceiro nestas circunstâncias não estar presente em litígio é, de resto, amplamente

¹¹⁶ Recorde-se que, no caso de estarmos perante litisconsórcio necessário, é colocada em causa a legitimidade de uma das partes para pleitear sem a litisconsorte em juízo.

¹¹⁷ Vide MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 175; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 339, §36; Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*(...), 2018, p. 115.

¹¹⁸ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 175.

¹¹⁹ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 175; entendendo que aqui está em causa a intervenção acessória provocada ativa, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 339, §38.

¹²⁰ Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*(...), 2018, p. 115.

admitida pela jurisprudência¹²¹, sendo bastante claro que, em tal caso, podem inclusivamente ser feitos valer os direitos existentes contra os diversos devedores solidários perante jurisdições diferentes.

Finalmente, a alínea d) do n.º 3 prevê como razão de relevo para que o terceiro possa intervir a circunstância de o demandado poder ter direito de regresso em consequência da procedência do pedido do demandante¹²². Perante esta alínea, a doutrina é unânime relativamente ao resultado de comparação entre aquela e a figura do processo civil que é sua paralela: intervenção acessória provocada¹²³.

Embora se compreenda que as circunstâncias descritas nestas alíneas possam consistir em razões de relevo para admitir a intervenção dos sujeitos, em boa verdade se dirá que se discorda da sua formulação, porquanto não só são introduzidos conceitos estranhos ao processo arbitral, como também se apresentam cenários com uma configuração que pode complicar o que à partida seria simples.

Atendendo à raiz da arbitragem voluntária – a vontade das partes que a ela se submetem –, entendemos que a intervenção de terceiros é o tipo de situação em que este princípio merece especial enfoque, conquanto se respeitem os demais princípios basilares da arbitragem, designadamente

¹²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.11.2015, Proc. N.º 814/13.ITJVNf-A.G1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.12.2018, Proc. N.º 2164/10.6TCLRS.L1-2. Em sentido contrário, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.12.2010, Proc. N.º 108/05.6TBMTA.L1-1. Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²² O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12.01.2017, Proc. N.º 794/16.1YRLSB-6, disponível em www.dgsi.pt, retrata uma situação em que este preceito foi aplicado. O circunstancialismo por detrás deste acórdão é relativamente simples: numa ação para exercício de pretensão indemnizatória do consumidor, por prejuízo com o atraso na ativação do fornecimento de gás, este demandou a fornecedora de gás e outros quatro sujeitos, aos quais imputava o atraso. Um dos sujeitos condenados propôs ação de anulação, alegando, no que aqui releva, que o tribunal arbitral se tinha pronunciado em excesso, por não haver convenção arbitral. O Tribunal veio a considerar que, atendendo a que estávamos perante um serviço público essencial, a arbitragem é necessária, dispensando a convenção de arbitragem, pelo que o mesmo dela não tinha de figurar. Ademais, considerou que se estava perante uma situação que preenchia a previsão da al. d), do n.º 3 do art. 36.º da LAV, pelo que indeferiu a pretensão do Recorrente.

¹²³ MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, “A Intervenção de Terceiros (...)”, 2012, p. 175; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 339, §39; Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária(...)*, 2018, p. 115.

o princípio da igualdade das partes. Na nossa modesta opinião, uma formulação mais ampla de “razões de relevo” (conferindo aos árbitros e às partes o poder para as conformarem, atendendo às circunstâncias do caso concreto, às partes em litígio e ao seu contexto) bastaria para orientar os árbitros quando confrontados com a necessidade de proferir uma decisão relativamente à intervenção de um terceiro – haverá razões de relevo quando “a intervenção é útil para a eficácia jurídica ou prática da sentença arbitral, assim como quando implica economia processual”¹²⁴, sendo certo que as razões de economia processual não a devem impor, por si só, no processo arbitral¹²⁵.

Cremos, assim, que a previsão de um critério configurado nos termos ora aduzidos seria mais facilmente apreensível e não geraria quaisquer dúvidas ao seu aplicador relativamente ao nível de discricionariedade de que dispõe para tomar a decisão que melhor entender compatibilizar e realizar os interesses em causa.

3.4. Consequências da admissão da intervenção de terceiro(s)

Por último, cumpre fazer uma breve referência ao n.º 5 do artigo 36.º da LAV que, ao remeter para o artigo 33.º, determina o respeito pelo princípio do contraditório, ao permitir que o terceiro admitido a intervir apresente o seu articulado aduzindo as suas razões de facto e de direito¹²⁶. Note-se que esta remissão consagra, ainda, algo mais: o exercício do contraditório pelas partes originais, ou seja, a possibilidade de as partes originais responderem ao articulado apresentado pelo terceiro.

O disposto neste número é particularmente relevante se atendermos à circunstância de o processo arbitral decorrer tendencial e majoritariamente por escrito – é isso, de resto, o que resulta do artigo 34.º, nos termos do qual o tribunal deverá realizar uma ou mais audiências para

¹²⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 273.

¹²⁵ A este propósito, vide MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, p. 34.

¹²⁶ Mário Esteves de Oliveira *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014, p. 436; Dário Moura Vicente *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária(...)*, 2018, p. 117.

produção de prova, apenas na eventualidade de tal ter sido requerido por alguma das partes, não sendo obrigatória a sua realização.

É certo que tal poderá introduzir maior morosidade e complexidade no processo¹²⁷. Todavia, não sendo a celeridade a única mais-valia do processo arbitral – é até bastante redutor reconduzir as suas vantagens unicamente a esta –, a mesma será de afastar se se concluir, no caso concreto, que valores mais altos se levantam.

É este, em traços gerais, o regime da intervenção de terceiros previsto no artigo 36.º da LAV. A sua consagração saúda-se, ainda que a redação tenha sido por nós criticada: cremos que a não previsão, em absoluto, da intervenção de terceiros geraria maiores dúvidas relativamente à sua admissibilidade e maior incerteza quanto aos quadros em que se efetivaria.

4. Litisconsórcio Necessário e Litisconsórcio Voluntário: realidades distintas no âmbito da LAV e do CPC?

A previsão de um regime de intervenção de terceiros numa lei de arbitragem voluntária seria sempre uma tarefa desafiante, atendendo à fonte legitimadora dos seus poderes e ao peso que a autonomia da vontade e liberdade contratual têm no processo arbitral. Não obstante, há várias formas de a regular e a selecionada pelo legislador português não parece respeitar a necessária dissociação entre os processos.

O artigo 36.º da LAV, como se demonstrou, recorre a conceitos que são exclusivos do CPC, sem ousar oferecer uma definição para os mesmos, pelo que a tendência natural do aplicador será a de se socorrer do entendimento processual civil que tem *a priori* do conceito de litisconsórcio e aplicá-lo em arbitragem.

Todavia, um recurso ilimitado às construções teóricas da intervenção de terceiros e do litisconsórcio, com uma aplicação direta na arbitragem, corresponderia ao desrespeito pelas diferenças existentes entre os dois processos, com a consequente descaracterização do processo arbitral.

¹²⁷ Isto mesmo é salientado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 340, ¶49.

Compreende-se, ainda assim, que haja uma necessidade de proceder a comparações, através da procura pelas características essenciais do instituto, consabidamente capaz de gerar mais-valias, ao invés de uma comparação pela terminologia utilizada¹²⁸. Contudo, parece-nos de evitar a interpretação das regras processuais da arbitragem à luz das regras processuais do processo civil tradicional, em particular, quando os princípios ordenadores de ambos processos são tão distintos e, sobretudo, quando a origem e poderes de um e outro tribunal são fundamentalmente distintos.

Ademais, a interpretação dos conceitos constantes da LAV por recurso aos cânones interpretativos do CPC seria ainda contrária à própria LAV que, no n.º 3 do artigo 30.º prevê que os árbitros poderão, na falta de acordo das partes e de disposições da LAV aplicáveis, conduzir a arbitragem do modo que considerarem apropriado e de acordo com as regras que considerem adequadas, explicitando, se for o caso, que consideram subsidiariamente aplicável o disposto na lei que regularia a resolução do litígio perante o tribunal judicial competente.

A construção dispositiva denota a existência de uma possibilidade e não de uma obrigação na disponibilidade dos árbitros. Ademais, desta mesma construção é possível retirar, *a contrario*, o afastamento da subsidiariedade do CPC face à LAV. Esta é, de resto, uma solução que se aplaude e que é a “mais conforme à arbitragem”¹²⁹, porquanto confere aos árbitros o poder para determinar como combater uma possível lacuna, ao invés de impor o recurso a qualquer lei processual estatal¹³⁰. Assim, o CPC só será subsidiariamente aplicável ao processo arbitral se os árbitros explicitamente o determinarem¹³¹.

¹²⁸ Este é, de resto, o método que a técnica de Direito Comparado nos aconselha a utilizar. RUI PINTO DUARTE, “Uma Introdução ao Direito Comparado”, in *O Direito*, n.º 138, Almedina, 2006 – IV, pp. 760-792, pp. 777-781.

¹²⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 237.

¹³⁰ Da redação do artigo 30.º, n.º 3 da LAV, *a contrario*, retira-se o afastamento da subsidiariedade do CPC face à LAV. Para Mariana França Gouveia, esta é a solução “mais conforme à arbitragem”. Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso (...)*, 2018, p. 237.

¹³¹ Embora aparentemente contraditório, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 283, ¶ 59 e 60.

É certo que por detrás do direito processual arbitral está uma cultura processualista e que conceitos como *parte*, *audiência* ou *contraditório*¹³² também não são definidos na LAV, sem que tal se afigure problemático. Cremos que a diferença reside na circunstância de, no caso do artigo 36.º da LAV, estarem em causa conceitos extremamente específicos em que a aplicação subsidiária do CPC não se demonstra como mera alternativa ao dispor do aplicador, sendo aliás o último reduto para conferir algum conteúdo útil ao preceito, mitigando alguma eventual debilidade na segurança jurídica. Não nos parece, assim, que o recurso a tais conceitos possa ser reconduzido a um enquadramento conceptual (quase) universalmente reconhecido, razão pela qual consideramos desadequada a formulação do preceito, nos termos atuais. Destarte, parece-nos que, atenta a redação do disposto no artigo 36.º da LAV, o recurso ao CPC se impõe como “auxiliar de integração”¹³³ – não sendo uma mera possibilidade ao alcance do aplicador, atendendo à circunstância de a LAV não oferecer uma definição dos termos e ser manifesta a influência do CPC na elaboração dos preceitos, no qual tal enquadramento pode ser encontrado.

Porém, como bem o refere Manuel Pereira Barrocas¹³⁴, inexistente uma obrigação dos árbitros de se socorrerem dos conceitos processualistas portugueses quando aplicam a LAV. Mas, perante um conceito tão inerentemente processual civilista português, terá o aplicador outra opção? Qualquer jurista familiarizado com o ordenamento jurídico português conhecerá e não deixará de ser, de alguma forma, condicionado pelo conhecimento que detém sobre estes conceitos, pelo que deverá estar seguro de que dos mesmos se poderá afastar, principalmente porque, como já se referiu, não existe qualquer relação de subsidiariedade entre a LAV e o CPC.

Apesar do quanto se deixa exposto, a verdade é que, pelo facto de a letra da lei remeter para os conceitos de litisconsórcio necessário e voluntário, que apenas no CPC se encontram, a possibilidade de o aplicador se afastar da configuração dada pelo mesmo é meramente aparente

¹³² Salientando muitos outros conceitos, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 264, § 14.

¹³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, 2016, p. 264, § 15.

¹³⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 34 e ss. e 39.

porquanto, sem qualquer outro referente, ao aplicador não resta senão o recurso aos conceitos que lhe são familiares, em prol da possibilidade de oferecer aos termos empregues na LAV algum conteúdo útil e um referente sindicável.

Sendo como se disse, outra conclusão não se alcança senão a de que os conceitos de litisconsórcio necessário e voluntário deverão ser analisados à luz do entendimento que nos é dispensado pelo saber jurídico processual civilista, com especial cuidado para que a natureza das respetivas jurisdições seja respeitada.

Aqui chegados, cumpre evidenciar o seguinte: por muito que louvemos a consagração de um regime de intervenção de terceiros numa lei de arbitragem voluntária¹³⁵, não nos parece adequado que um diploma legal que visa disciplinar um meio de resolução alternativa de litígios se ampare de tal forma no contexto judicial tradicional que, mesmo sem qualquer previsão de subsidiariedade legal, desperta a necessidade de nos socorrermos de um outro diploma para conseguir conferir ao teor normativo algum sentido útil.

O quadro que se deixa demonstrado leva-nos a concluir que os conceitos de intervenção de terceiros, litisconsórcio necessário e litisconsórcio voluntário, apesar de inseridos em realidades distintas como o são o processo judicial e o arbitral, terão de comungar no seu sentido, embora não necessariamente no seu alcance¹³⁶, sob pena de nos depararmos com normas compostas por conceitos indetermináveis, com a consequente impossibilidade de concretização, pela ausência de referentes conceptuais adequados para tanto disponibilizados.

¹³⁵ Discordando da utilidade e adequação de tal consagração, *vide* NATALIE VOSER, “Multi-party Disputes (...)”, 2009, pp. 403 e ss. Entre outros motivos, a autora destaca a circunstância de a previsão em legislações nacionais da intervenção de terceiros contribuir para a fragmentação da arbitragem internacional, atendendo à limitação espacial das respetivas regras.

¹³⁶ A título de exemplo, note-se que o regime subjacente aos arts. 311.º a 350.º do CPC consagra, designadamente, a assistência, instituto jurídico que não tem qualquer reflexo na LAV.

A fixação da tramitação do processo arbitral por acordo das partes: um breve comentário ao n.º 2 do artigo 30.º da lei da arbitragem voluntária portuguesa

GUILHERME BRANDÃO GOMES*

Sumário: Neste artigo, procuraremos analisar o sentido e o alcance prático do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa), norma que permite que o demandante e o demandado definam, por acordo, a tramitação dos processos de arbitragem voluntária. Começaremos por estudar a origem deste preceito legal para, posteriormente, analisarmos se e em que medida a lei permite, atualmente, a existência de acordos sobre a tramitação no âmbito da arbitragem voluntária doméstica. Por fim, estudaremos o âmbito de aplicação prática deste preceito legal. Concluiremos que, pese embora o objetivo nobre e as vantagens que apresenta, o n.º 2 do artigo 30.º da LAV é uma norma que pouco ou nada é aplicada no âmbito dos processos arbitrais domésticos, sendo, na maior parte dos casos, a tramitação definida por iniciativa dos próprios árbitros.

Palavras-chave: *Demandando; Demandante; Tramitação; Arbitragem Voluntária; Acordo.*

Abstract: In this article, we will try to study the meaning and the scope of paragraph 2 of article 30 of Law nr. 63/2011, of December 14th (Portuguese Law of Voluntary Arbitration), a rule that allows the plaintiff and the defendant to define, by agreement, the procedure in the domain of voluntary arbitration. We will start by studying the origin of this legal norm and, later, we will analyze whether, and to what extent, the law currently allows the existence of agreements about the procedure in the scope of domestic voluntary arbitration. Finally, we will study the scope of practical application of this legal provision. We will conclude that, despite its noble goal and advantages, paragraph 2 of article 30 of the LAV has little or no application in the scope of domestic voluntary arbitration lawsuits and that, in most of the cases, the procedure is defined by initiative of the arbitrators.

Keywords: *Plaintiff; Defendant; Procedural Steps; Voluntary Arbitration; Agreement.*

* Doutorando da NOVA School of Law (Doutoramento em Direito). E-mail: gomes.guilherme349@gmail.com.

1. Introdução

Como recorda MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹, a arbitragem voluntária², enquanto meio de resolução alternativa de litígios (RAL) através do qual as partes confiam a um terceiro – o árbitro – a resolução do litígio existente entre elas, é contratual na sua origem. Tal acontece porque os poderes jurisdicionais do tribunal arbitral derivam da convenção de arbitragem celebrada nos termos dos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (adiante designada por LAV), que mais não é do que um contrato celebrado entre as partes pelo qual estas concordam em confiar a resolução de um litígio eventual (cláusula compromissória) ou já existente (compromisso arbitral) a um ou mais árbitros³.

Usando as palavras de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA E DANIELA MIRANTE⁴, a arbitragem voluntária tem sempre uma “origem ou génese contratual”, dado que ela só existe na medida em que as partes manifestem vontade nesse sentido. Isto apesar de este meio de resolução alternativa de litígios ser adjudicatório e de a decisão final do tribunal arbitral tomar a forma de uma sentença que se aproxima, no que aos seus efeitos (vinculação e exequibilidade) diz respeito, da sentença judicial⁵.

Neste panorama, não é de estranhar que, como recorda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶, o processo arbitral se desenrole num espaço de ampla liberdade, dispondo as partes de poderes de conformação procedimental e da possibilidade de, no uso da sua autonomia privada, definirem as regras do processo.

¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014, pp. 119-120.

² Neste estudo, deixaremos de lado a arbitragem necessária e preocupar-nos-emos tão-só e somente com o enquadramento do nosso tema no âmbito dos processos de arbitragem voluntária domésticos.

³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 120.

⁴ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 12.

⁵ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 12.

⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem: em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 263.

Também a este propósito, MARIANA FRANÇA GOUVEIA recorda que, no âmbito da arbitragem voluntária, a liberdade das partes (e dos árbitros, na falta de escolha por parte daquelas) fixarem as regras processuais é “enorme, originando uma oportunidade para escolher normas adequadas ao caso concreto”⁷.

Esta possibilidade está, aliás, expressamente prevista na letra da LAV, mais especificamente no n.º 2 do seu artigo 30.º, norma que permite que as partes, com uma limitação temporal (até à aceitação do primeiro árbitro) e com respeito pelos princípios previstos no n.º 1 do mesmo preceito legal e das demais normas imperativas da mesma lei, definam a tramitação do processo arbitral.

Vemos, portanto, que a autonomia da vontade em matéria de tramitação do processo arbitral não é absoluta e está sujeita a limites.

Contudo, urge, neste panorama, procurar definir com maior precisão o âmbito de autonomia da vontade das partes nesta matéria, nomeadamente precisando o sentido e o alcance dos princípios definidos no n.º 1 do artigo 30.º da LAV e o seu impacto na faculdade conferida às partes no n.º 2 do mesmo preceito legal.

Além do mais, é também necessário avaliar se o n.º 2 do artigo 30.º da LAV é uma norma frequentemente utilizada no quotidiano dos processos arbitrais e se as partes efetivamente costumam regular a tramitação do processo arbitral. No caso de verificarmos que este preceito legal é pouco utilizado, será necessário também encontrar as razões para tal fenómeno e sugerir eventuais formas de promover a sua aplicação prática.

O presente artigo procura responder a todas estas questões. Mais especificamente, procuraremos: 1 – analisar as origens do n.º 2 do artigo 30.º da LAV com o intuito de compreender se esta regra é inovadora ou adota uma solução que já existia antes da entrada em vigor da LAV; 2 – estudar o sentido do referido preceito legal e as limitações à autonomia privada das partes na definição da tramitação do processo arbitral; e 3 – averiguar da aplicação prática deste preceito legal e da sua utilização no dia-a-dia dos tribunais arbitrais. Tudo para procurarmos compreender o sentido e as potencialidades da consagração desta norma no nosso ordenamento jurídico.

⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 234.

2. As origens do n.º 2 do artigo 30.º da LAV

2.1. O artigo 15.º do DL n.º 243/84

A possibilidade de, na ordem jurídica portuguesa, o demandante e o demandado definirem, por acordo, as regras do processo arbitral não é nova.

O Decreto-Lei (DL) n.º 243/84, de 17 de julho, enquanto diploma regulador da arbitragem voluntária no ordenamento jurídico português, vinha permitir, no n.º 1 do seu artigo 15.⁹⁸, que as partes acordassem nas regras processuais dos processos de arbitragem voluntária. Esta escolha poderia ser feita na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro.

Contudo, o Tribunal Constitucional decidiu, pelo Acórdão n.º 230/86, do Juiz Conselheiro Relator Martins da Fonseca⁹, proceder à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do referido diploma legal.

Começava este acórdão por referir que o DL n.º 243/84 tinha vindo consagrar um “novo estatuto jurídico da arbitragem voluntária”, em substituição dos artigos 1508.º a 1524.º do Código de Processo Civil de 1961, e com opções legislativas em grande parte diferentes das anteriormente previstas nesta lei processual.

Contudo, acabava por concluir pela inconstitucionalidade orgânica do referido diploma legal, por violação do então artigo 168.º, n.º 1, alínea q) (atual artigo 165.º, n.º 1, alínea p)) da Constituição da República Portuguesa (CRP), segundo o qual cabe na competência exclusiva da Assembleia da República legislar, salvo autorização ao Governo, sobre a organização e competência dos tribunais.

⁸ “Artigo 15.º

(Local de funcionamento e regras de processo)

As partes podem acordar, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior [...] sobre as regras do processo a observar na arbitragem, competindo essa indicação aos árbitros, se as partes a não fizerem até à aceitação do encargo pelo primeiro árbitro”.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 230/86, Processo N.º 178/84, disponível em < <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>.

Para este aresto, os tribunais arbitrais, estando previstos pelo então artigo 212.º, n.º 2 (atual artigo 219.º, n.º 2) da CRP, seriam uma das categorias de tribunais que a Lei Fundamental prevê, embora, em vários aspetos, não sejam “tribunais como os outros” (não são órgãos estaduais nem permanentes e os árbitros não são juízes de carreira).

Por conseguinte, apesar de os tribunais arbitrais não serem, para efeitos do então artigo 205.º (atual artigo 202.º) da CRP, órgãos de soberania, devem ser qualificados como tribunais para efeitos da Lei Fundamental, visto serem constitucionalmente definidos como tal. O tribunal arbitral deverá ser, desta forma, considerado um verdadeiro tribunal, enquanto órgão constituído para exercer a função jurisdicional dentro dos limites da convenção de arbitragem.

Daqui decorria a necessidade de se interpretar o artigo 168.º, n.º 1, alínea q) da CRP como abrangendo também a competência exclusiva da Assembleia da República para legislar, salvo autorização ao Governo, sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais e a consequente inconstitucionalidade orgânica de todas as normas do DL n.º 243/84 que tratassem desta matéria (incluindo o artigo 15.º).

Acabou este aresto por declarar todo o DL n.º 243/84 inconstitucional por violação do referido artigo 168.º, n.º 1, alínea q) da CRP, dado que as normas que não versavam diretamente sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais não poderiam subsistir sem as restantes.

Desta forma, com esta declaração de inconstitucionalidade, o artigo 15.º do DL n.º 243/84, bem como o restante diploma, deixaram de subsistir no nosso ordenamento jurídico.

2.2. O artigo 19.º, n.º 1 da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985

Em 1985, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) decidiu emitir uma lei-modelo para a arbitragem comercial internacional.

Esta lei consiste num instrumento de *soft law* suscetível de, conforme o seu preâmbulo refere, permitir a existência de “um enquadramento jurídico uniforme com vista a uma resolução justa e eficiente de litígios

emergentes de relações comerciais internacionais”, suscetível de aceitação por todos os Estados.

O artigo 19.º, n.º 1 desta Lei-Modelo permite que as partes, respeitando as disposições daquele diploma, definam por acordo a tramitação do processo arbitral¹⁰, fixando desta forma regras processuais ajustadas aos seus desejos e necessidades concretos¹¹.

Neste ponto, importa salientar que, em lugar de criar uma tramitação específica para o processo em concreto, as partes podem preferir remeter para normas de instituições arbitrais preexistentes¹².

Consultando os trabalhos preparatórios desta lei¹³, verificamos que, na oitava reunião da referida Comissão, ocorrida entre 3 e 21 de junho de 1985, foram discutidas duas sugestões a propósito da autonomia das partes em matéria de fixação das regras processuais: a de se conceder liberdade de fixação da tramitação ao longo de todo o processo e a de permitir a determinação das regras de processo depois da aceitação dos árbitros.

No final, nenhuma das sugestões foi aceite, tendo antes vingando a solução de conceder às partes uma liberdade de fixação das regras processuais ao longo do processo, sem prejuízo da não submissão dos árbitros às modificações que aquelas pretendam efetuar depois de estes terem aceitado o encargo.

De referir também que o referido artigo 19.º, n.º 1 obriga as partes a observar, na fixação das regras do processo, as normas injuntivas da Lei-Modelo. Tal permite o equilíbrio entre a autonomia das partes na definição do processo a ser seguido e as exigências legais¹⁴.

¹⁰ “Artigo 19.º

(Determinação das regras do processo)

1. Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo a seguir no tribunal arbitral”.

¹¹ *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, disponível em <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>>, pp. 100-101. Acesso em 19.03.2020.

¹² *UNCITRAL 2012 Digest...*, p. 100.

¹³ “Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session”, p. 34, disponível em <[undocs.org/en/a/40/17\(supp\)](https://undocs.org/en/a/40/17(supp))>. Acesso em 19.03.2020.

¹⁴ *UNCITRAL 2012 Digest...*, p. 100.

Por fim, convém referir que o tribunal arbitral está obrigado a seguir as regras processuais definidas pelas partes e, se não o fizer, poderá haver fundamento para a anulação da sentença ou para a recusa do seu reconhecimento, nos termos dos artigos 34.º e 36.º da mesma lei¹⁵.

2.3. O artigo 15.º da Lei n.º 31/86

Neste panorama, entrou em vigor no ordenamento jurídico português uma lei substitutiva do DL n.º 243/84: a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto (adiante designada por LAV de 1986). Este diploma veio consagrar, no seu artigo 15.º, n.º 1¹⁶ uma solução igual à do artigo 15.º do DL n.º 243/84, continuando a permitir, desta forma, que as partes, até à aceitação do primeiro árbitro, definissem a tramitação do processo arbitral.

Esta opção estava, aliás, também de acordo com o artigo 19.º, n.º 1 da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, ao permitir, à semelhança desta, que as partes estabelecessem a tramitação do processo arbitral, com certos limites.

Apesar de o artigo 15.º nada dizer a respeito deste aspeto, acabamos por concluir que a liberdade de fixação das regras processuais não era absoluta.

Segundo MANUEL PEREIRA BARROCAS¹⁷, o processo arbitral deveria sempre obedecer, tal como ocorria no âmbito da arbitragem internacional, aos princípios da boa fé, da igualdade, do contraditório e da ampla participação das partes no processo. Tal opinião ia, aliás, ao encontro do artigo 16.º da Lei n.º 31/86¹⁸, que obrigava à observância dos princípios

¹⁵ UNCITRAL 2012 *Digest...*, p.101.

¹⁶ “Artigo 15.º

(Regras de processo)

1. Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, podem as partes acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem [...]”.

¹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pp. 385-388.

¹⁸ “Artigo 16.º

(Princípios fundamentais a observar no processo)

Em qualquer caso, os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar os seguintes princípios fundamentais:

a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade;

da igualdade, do contraditório (e, por conseguinte, do dever de citação do réu¹⁹) e da ampla participação das partes no processo.

No que à boa-fé dizia respeito, o demandante e o demandado deveriam atuar de forma a não colocarem obstáculos nem à constituição do tribunal arbitral, nem ao regular andamento do processo²⁰. Seriam violadores deste princípio – e geradores de responsabilidade civil por violação da convenção de arbitragem – todos os comportamentos pelos quais a parte não colaborasse com a parte contrária na constituição do tribunal arbitral ou com os árbitros ao longo do processo²¹.

Relativamente ao princípio da igualdade, os árbitros deveriam conceder às partes absoluta igualdade de meios e igual possibilidade de participação no processo, devendo o demandante e o demandado usufruir das mesmas faculdades²².

Já o princípio do contraditório implicava que os árbitros não pudessem dar a uma das partes a possibilidade de participar no processo sem audição da outra parte²³. Além do mais, o árbitro só poderia decidir depois de a parte requerida ter sido citada para a ação e lhe ter sido dada a possibilidade de se pronunciar sobre a pretensão do requerente²⁴.

Por fim, do princípio da ampla participação das partes no processo decorria que tanto o demandante como o demandado tinham a faculdade de intervir e manifestar as suas posições ao longo do processo arbitral, requerendo decisões, apresentando e produzindo prova e alegando os factos que considerassem necessários à descoberta da verdade²⁵.

b) O demandado será citado para se defender;

c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do princípio do contraditório;

d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final”.

¹⁹ De ora em diante, falaremos do dever de citação como uma vertente do princípio da igualdade, e não como um princípio autónomo do processo arbitral, alinhando, portanto, com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO nesta sede. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

²⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, p. 385.

²¹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, pp. 385-386.

²² MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, p. 386.

²³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, p. 387.

²⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, p. 387.

²⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, 2010, p. 387.

Além do mais, a sentença arbitral que violasse os princípios acima mencionados era suscetível de ser impugnada em sede de ação de anulação, ao abrigo do artigo 27.º, n.º 1, alínea c) da LAV, se essa violação tivesse influência decisiva na resolução do litígio.

Vemos, assim, que a liberdade de fixação das regras processuais não era, de acordo com esta lei, absoluta, estando a autonomia da vontade das partes em matéria processual sujeita ao respeito pelos princípios acima mencionados.

2.4. O Anteprojeto de Lei da APA e a Proposta de Lei 22/XII

De acordo com JOSÉ MIGUEL JÚDICE²⁶, apesar de a Lei n.º 31/86 ter sido “um diploma legal inovador” no seu tempo, a pouca doutrina portuguesa sobre arbitragem e os próprios árbitros vinham defendendo, desde a entrada deste século, a necessidade de alteração do regime da arbitragem voluntária então vigente no ordenamento jurídico luso.

Daí que, em 2009, a Associação Portuguesa de Arbitragem tenha apresentado um Anteprojeto de Lei da Arbitragem Voluntária²⁷⁻²⁸.

Este anteprojeto continha, no seu n.º 2 do artigo 30.º, uma norma que continuava a permitir que as partes definissem, na convenção de arbitragem ou por acordo posterior e até à aceitação do 1.º árbitro, as regras do processo. Contudo, introduziu a necessidade de se observar os princípios fundamentais do n.º 1 do mesmo artigo (igualdade, contraditório e ampla participação no processo) e as demais normas injuntivas daquela lei²⁹.

²⁶ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 23, 2009, p. 240.

²⁷ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “O Projecto...”, 2009, p. 240.

²⁸ Este diploma pode ser consultado em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/c64a28964b/anteprojeto-lav-28-01-2010.pdf>>. Acesso em 20.03.2020.

²⁹ “Artigo 30.º (Princípios e regras do processo arbitral)

1. O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

a) O demandado será citado para se defender;

b) As partes serão tratadas com igualdade e deverá ser-lhes dada uma razoável oportunidade de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;

c) Em todas as fases do processo será garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as exceções previstas na presente lei.

Esta opção teve na sua génese não só o mencionado artigo 19.º, n.º 1 da Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985 e o artigo 15.º da Lei n.º 31/86, como também as soluções consagradas nesta matéria em leis de arbitragem de outros países, mais especificamente o artigo 25.º, n.º 1 da Lei Espanhola de Arbitragem (Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro)³⁰, o artigo 1042.º do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung*)³¹ e a Secção 21 da Lei Sueca de Arbitragem de 1999³²⁻³³.

Depois deste anteprojeto, a APA decidiu submeter ao Governo, no ano de 2011, uma proposta de Lei da Arbitragem Voluntária (Proposta de nova LAV, de 14/5/2010, com notas justificativas, revista em 20 e 25 de julho de 2011)³⁴, cujo n.º 2 do artigo 30.º consagrava uma solução igual

2. As partes podem, na convenção da arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei”.

³⁰ “Artigo 24.º

(Princípios da igualdade, da audiência e do contraditório)

1. Deve tratar-se as partes com igualdade e dar a cada uma delas uma oportunidade suficiente de valer os seus direitos.

Artigo 25.º

(Determinação do procedimento)

1. Respeitando o disposto no artigo anterior, as partes podem definir livremente o procedimento a ser seguido pelos árbitros na sua atuação”.

³¹ “Livro 10.º

(Processo arbitral)

Secção 1042

(Regras Processuais Gerais)

1. As partes devem ser tratadas de forma igual. Cada parte tem o direito de ser ouvida.

(...)

3. No demais, respeitando as disposições deste código, as partes podem regular o procedimento por elas mesmas ou remetendo para regulamentos de arbitragem institucional”.

³² “Secção 21

Os árbitros devem gerir a disputa de uma forma rápida, imparcial e prática. Deverão, consequentemente, atuar de acordo com as decisões das partes, dado que não estão impedidas de o fazer”.

³³ De acordo com o Anteprojeto com notas justificativas, disponível em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/56446b86fe/anteprojeto-lav-c-notas-justificativas-2009-05-21.pdf>>. Acesso em 20.03.2020.

³⁴ A versão PDF desta proposta pode ser consultada em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/9bad110574/versao-final-proposta-lav-2011.pdf>>. Acesso em 20.03.2020.

à do Anteprojeto e que visava revogar a Lei n.º 31/86 (artigo 66.º, n.º 1 do mesmo diploma).

Neste panorama, no dia 19 de setembro de 2011 deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei 22/XII³⁵, que visava aprovar uma nova Lei da Arbitragem Voluntária para o ordenamento jurídico português (artigo 1.º, n.º 1 do referido diploma).

Consultando o preâmbulo desta proposta de lei, concluímos que ela surgiu num determinado contexto. Por um lado, o XIX Governo Constitucional estava obrigado a apresentar uma nova Lei de Arbitragem até ao final de setembro de 2011, concretizando assim o Memorando de Entendimento celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. Por outro lado, e independentemente deste memorando, aquele órgão executivo tinha assumido a obrigação de desenvolver a justiça arbitral em Portugal.

Além do mais, no mesmo preâmbulo, é referida a necessidade de, no início da 2.ª década do século XXI, se aprovar uma nova lei de arbitragem que estivesse de acordo com a enorme evolução e os estudos então produzidos na área da arbitragem voluntária e que se aproximasse o mais possível da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, tornando desta forma Portugal mais elegível como sede de arbitragens internacionais.

O n.º 2 do artigo 30.º desta Proposta continha uma solução igual à do artigo n.º 2 do artigo 30.º do Projeto da APA.

Em 7 de outubro de 2011, ocorreu a discussão e votação na generalidade desta proposta, tendo ela sido aprovada pelo Partido Socialista (PS), pelo Partido Social Democrata (PSD) e pelo Centro Democrático Social-Partido Popular (CDS-PP)³⁶.

Por sua vez, nos dias 26 de outubro e 2 de novembro de 2011, ocorreu a discussão e votação na especialidade da referida proposta de lei, tendo a versão do artigo 30.º inicialmente proposta sido aprovada com os votos

³⁵ Disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977634777794d69315953556b755a47396a&fich=ppl22-XII.doc&Inline=true>>. Acesso em 20.03.2020.

³⁶ Disponível em <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/01/028/2011-10-08/37?pgs=37&org=PLC>>. Acesso em 21.03.2020.

a favor do PSD e do CDS-PP e a abstenção do PS, do Partido Comunista Português (PCP), do Bloco de Esquerda (BE) e do PEV³⁷.

No dia 4 de novembro de 2011, ocorreu a votação final global da referida proposta de lei, tendo ela sido aprovada com os votos a favor do PSD e do CDS-PP, a abstenção do BE e os votos contra do PS, do PCP e do PEV³⁸.

Nesta sequência, a referida proposta foi enviada em 9 de novembro do mesmo ano à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para fixação da redação final, que foi apresentada no mesmo dia à Presidente da Assembleia da República³⁹. Por sua vez, no dia 15 de novembro de 2011, foi publicado em Diário da República o Decreto da Assembleia da República n.º 20/XII⁴⁰ que, depois de promulgado e referendado, deu origem à Lei n.º 63/2011 (LAV).

Esta lei é o diploma legal que atualmente regula a arbitragem voluntária no ordenamento jurídico português, tendo entrado em vigor no nosso ordenamento jurídico no dia 14 de março de 2012 e revogado a anterior Lei n.º 31/86 (artigos 1.º, 5.º, n.º 1 e 6.º). De entre as disposições processuais constantes deste diploma legal consta o artigo 30.º, com a redação acima mencionada e proposta pela APA.

Vamos, de seguida, analisar o regime do n.º 2 deste preceito legal, para percebermos melhor qual o âmbito de autonomia da vontade das

³⁷ Conforme Texto Final e Relatório da discussão e votação na especialidade disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c32566b4e545a684e7a5a684c5445785a5449744e444d324d6931684f5459324c5451344e4455324e5749334d6a55304e4335775a47593d&fich=ed56a76a-11e2-4362-a966-484565b72544.pdf&Inline=true>>. Acesso em 21.03.2020.

³⁸ Disponível em <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/01/038/2011-11-05/50?pgs=50&org=PLC>>. Acesso em 21.03.2020.

³⁹ Disponível em <app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c32566b4e545a684e7a5a684c5445785a5449744e444d324d6931684f5459324c5451344e4455324e5749334d6a55304e4335775a47593d&fich=ed56a76a-11e2-4362-a966-484565b72544.pdf&Inline=true>. Acesso em 21.03.2020.

⁴⁰ Disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a4c32526c597a49774c56684a5353356b62324d3d&fich=dec20-XII.doc&Inline=true>>. Acesso em 21.03.2020.

partes no que respeita à definição das regras dos processos de arbitragem voluntária.

3. O n.º 2 do artigo 30.º da LAV e a possibilidade (não absoluta) de acordos sobre a tramitação do processo arbitral

3.1. A concretização da faculdade do n.º 2 do artigo 30.º da LAV

3.1.1. Regulamentos processuais *ad hoc* e cláusulas escalonadas

A este propósito, importa começar por fazer alusão ao referido por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁴¹, para quem a autonomia das partes na definição das regras do processo arbitral, concedida pelo n.º 2 do artigo 30.º da LAV, poderá ser exercida por várias vias.

A primeira delas será o estabelecimento, na convenção de arbitragem ou num acordo escrito posterior, de regras processuais *ad hoc*, ajustando a tramitação do processo arbitral ao caso concreto⁴².

De referir a este propósito que este acordo das partes pode ser total ou parcial, consoante abranja todos os aspetos que carecem de regulação ou apenas alguns deles⁴³. Nestes acordos, é usual as partes regularem o número e ritmo dos articulados, o prazo para ser proferida a decisão e a (in)existência de recurso⁴⁴.

Além do mais, podem as partes, neste âmbito, definir cláusulas escalonadas (situação mais frequente do que a anterior)⁴⁵. No uso desta faculdade, o demandante e o demandado criam uma tramitação dividida em, pelo menos, duas fases diversas, cada uma delas com regras processuais específicas⁴⁶. Um dos exemplos típicos destas cláusulas é a *multi-tier clause*, pela qual as partes se comprometem, em primeiro lugar, a recorrer à mediação com o objetivo de tentarem alcançar uma solução

⁴¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, pp. 264 ss. e 280 ss.

⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 264.

⁴³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁴⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁴⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

consensual e recorrer apenas à arbitragem no caso de aquele mecanismo se revelar infrutífero.

Uma questão que se coloca a este propósito é a de saber o que acontece se uma das partes ignorar uma ou mais fases processuais estabelecidas pela cláusula escalonada. Neste caso, haverá fundamento para a anulação da decisão arbitral, ao abrigo da subalínea iv) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV, no caso de o requerente da anulação demonstrar que o desrespeito pelo escalonamento teve um impacto decisivo na resolução do litígio⁴⁷.

De referir também que, como recorda ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO⁴⁸, a definição de regras processuais *ad hoc* por acordo das partes na convenção de arbitragem (na vertente de cláusula compromissória) é uma opção pouco frequente.

3.1.2. A remissão para regulamentos de centros de arbitragem

Além do mais, as partes podem estabelecer, por acordo, que o processo arbitral seja tramitado de acordo com um regulamento institucional ou podem, ainda, cometer diretamente a resolução do litígio a um centro de arbitragem institucionalizada⁴⁹. Como recorda ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO⁵⁰, esta opção é muito frequente, podendo os regulamentos ser aplicados, com adaptações, às arbitragens *ad hoc*.

3.1.3. Uma questão problemática: a remissão para o Código de Processo Civil enquanto lei processual reguladora da arbitragem

3.1.3.1. Posições doutrinárias

⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁴⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Da Condução do Processo Arbitral- Comentário aos Arts. 30.º a 38.º da Lei de Arbitragem Voluntária”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, números 2-3, 2013, pp. 676-677.

⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁵⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Da Condução...”, p. 677.

Uma questão problemática que se levanta a propósito do n.º 2 do artigo 30.º da LAV consiste em saber se as partes podem remeter para o Código de Processo Civil de 2013 (NCPC) – ou para o Código de Processo Civil de 1961, no que respeita às convenções de arbitragem celebradas antes de 1 de setembro de 2013 –, estabelecendo-o como lei processual reguladora do processo arbitral.

O Anteprojeto da APA já era parcialmente avesso a esta possibilidade, ao referir no seu preâmbulo que “...a definição das regras reguladoras do processo arbitral se deve fazer sem sujeição às normas processuais aplicáveis nos tribunais do Estado”, sem prejuízo de, por acordo das partes, poderem remeter para elas.

Atualmente, o n.º 3 do artigo 30.º da LAV apenas refere que, na falta de acordo das partes, os árbitros conduzirão o processo do modo que considerarem adequado, devendo, se for o caso, explicitar que consideram *subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente* – entenda-se, o Código de Processo Civil (itálico nosso).

MANUEL PEREIRA BARROCAS⁵¹ é categórico ao pugnar pela inaplicabilidade do Código de Processo Civil no âmbito dos processos arbitrais. Dois argumentos são usados por este autor para chegar a esta conclusão: 1 – o facto de o processo arbitral se distinguir do processo judicial, pelo modo como se organiza e desenvolve; e 2 – o facto de o Código de Processo Civil organizar o funcionamento de tribunais judiciais e, subsidiariamente, dos tribunais administrativos que, ao contrário dos tribunais arbitrais, são órgãos de soberania e podem impor pela força as suas decisões⁵².

Também MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁵³ é avessa à possibilidade de remissão para o Código de Processo Civil enquanto lei processual aplicável à arbitragem, por considerar que esta atitude contraria a natureza deste meio alternativo de resolução de litígios. Tendo a arbitragem como objetivo a criação de regras processuais flexíveis e adequadas ao circunstancialismo do caso concreto, não faria sentido aplicar nos processos

⁵¹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 117.

⁵² MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem...*, 2013, p. 117.

⁵³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 235.

de arbitragem voluntária o Código de Processo Civil, que constitui um “conjunto rígido, formalista e ancestral” de regras processuais⁵⁴.

Já ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO⁵⁵ considera que esta remissão é teoricamente admissível, embora não recomendável, pois, para além de tornar o processo arbitral mais rígido, formalista e lento, implica que se aplique neste âmbito uma lei pensada para a resolução de conflitos por tribunais estatais. Isto apesar de admitir que os princípios básicos constantes do n.º 1 do artigo 30.º da LAV têm na sua génese os princípios constantes da lei processual civil e que certos preceitos processuais relevantes constantes do NCPC, como os de legitimidade (artigo 30.º), litisconsórcio (artigos 32.º, 33.º e 34.º), coligação (artigo 36.º) e habilitação (artigos 351.º a 357.º), também se aplicam ao processo arbitral⁵⁶.

Por sua vez, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA E DANIELA MIRANTE⁵⁷ admitem que o Código de Processo Civil possa ser definido enquanto lei processual do processo arbitral, por acordo das partes, feito no momento próprio. Contudo, neste caso, aplicar-se-ão apenas as disposições daquele código que sejam adequadas ao processo arbitral, o que faz com que, na prática, grande parte das disposições daquele diploma legal não se apliquem no âmbito da arbitragem voluntária, por desajustadas⁵⁸.

Já ARMANDO RIBEIRO MENDES⁵⁹ considera que, embora seja frequente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – mais especificamente, das regras do processo civil declarativo – no âmbito dos processos arbitrais, se deve entender que, na falta de indicação em contrário – e à semelhança do que ocorre nas arbitragens internacionais –, aquele diploma processual não se aplica no processo arbitral.

⁵⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 235.

⁵⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, p. 677.

⁵⁶ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, p. 679.

⁵⁷ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 92.

⁵⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 93.

⁵⁹ ARMANDO RIBEIRO MENDES, “Da Condução do Processo Arbitral” in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª edição, Almedina, 2019, pp. 112-113.

Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁰ partilha esta opinião ao considerar que, embora deva valer na arbitragem enquanto lei subsidiária, o Código de Processo Civil só se aplicará por estipulação das partes e dos árbitros.

3.1.3.2. Posição adotada

Na nossa opinião, embora admissível em teoria, não é aconselhável a remissão para o Código de Processo Civil enquanto lei reguladora da arbitragem.

Certo é que o processo arbitral apresenta aspetos em comum com o processo judicial, no que diz respeito, sobretudo, à sua natureza adjudicatória, à vinculatividade e exequibilidade das decisões proferidas no seu âmbito e ao facto de os árbitros, tal como os juízes, exercerem uma função jurisdicional. Certo é também que o processo arbitral, tal como o processo judicial, deve obedecer a uma tramitação específica desde o momento em que a ação é intentada até ao momento em que é proferida a decisão final.

Também não existem dúvidas de que o contraditório e a igualdade de armas, enquanto princípios estruturantes do processo civil, se aplicam no âmbito do processo arbitral, como acima referido.

Ademais, além dos princípios constantes no n.º 1 do artigo 30.º da LAV e que encontram paralelo no NCPC, aplicam-se ao processo arbitral conceitos processuais relevantes como os anteriormente mencionados por ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO e ainda outros, como os elementos do objeto do processo (pedido, causa de pedir e sujeitos processuais) e conceitos relativos à fase dos articulados (por exemplo: petição inicial, contestação, reconvenção e réplica, tipos de defesa e tipos de exceções), de saneamento e condensação (por exemplo: factua-lidade controvertida e factos assentes), da instrução (por exemplo: ónus de prova, valor e admissibilidade dos meios de prova) e de discussão e julgamento (por exemplo: matéria de facto, matéria de direito e sentença).

⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, pp. 265 e 283.

Contudo, tal não chega para concluirmos pela bondade e utilidade da aplicação do Código de Processo Civil em bloco no âmbito dos processos de arbitragem voluntária domésticos.

O NCPC é, tal como o revogado código de 1961, um diploma legal pensado para regular a tramitação de um processo específico – o processo judicial –, que é decidido por um juiz, um órgão de soberania nos termos do artigo 202.º da CRP. A tramitação processual definida no NCPC foi, tal como a do código anterior, pensada única e especificamente para aquela realidade e não para o processo arbitral que, por ter origem na autonomia privada das partes e ser um meio de resolução alternativa de litígios, pretende ser flexível e possuir uma tramitação ajustada às especificidades da causa.

É verdade que, como já por nós referido anteriormente⁶¹, o princípio da legalidade das formas processuais não vigora no âmbito do Processo Civil Português e que o artigo 547.º do NCPC obriga o juiz a afastar-se da tramitação legal sempre que esta não se adegue às circunstâncias do caso específico, ao abrigo do princípio da adequação formal. Existe, desta forma, alguma flexibilidade na tramitação do processo judicial, pelo que não é rigoroso dizer que, atualmente, o NCPC constitui um diploma absolutamente rígido.

Contudo, e pese embora esta abertura à flexibilidade, consideramos que o NCPC continua a ser um diploma pouco adequado à arbitragem voluntária doméstica, precisamente pelo facto de, ao contrário do processo judicial, o processo arbitral ter origem na autonomia privada e pretender, em toda a sua duração, ser bastante flexível.

Desta forma, embora o NCPC esteja atualmente aberto à ideia de flexibilidade, aplicar este diploma legal em bloco ao processo arbitral não é, de todo, uma boa ideia. Deve-se, antes, no domínio dos processos arbitrais domésticos, procurar a criação de regras casuísticas ajustadas ao circunstancialismo do caso *sub judice* e distintas das previstas no NCPC, que é um diploma pensado para uma realidade totalmente diferente da do processo arbitral.

⁶¹ GUILHERME BRANDÃO SALAZAR LOUREIRO GOMES; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, “Breves Notas sobre a Adequação da Tramitação Processual no Brasil e em Portugal: os Artigos 190.º do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 e 547.º do Código de Processo Civil Português de 2013”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume 20, n.º 1, 2019, pp. 219-226.

Tal não significa, contudo, que não seja útil que as partes, na definição das regras processuais, remetam para determinados institutos do Direito Processual Civil, desde que adequados ao processo arbitral. Como acima vimos, o processo arbitral, embora de natureza diferente do processo civil, acaba, portanto, por ir buscar elementos ao processo civil, pelo que é incorreto dizer que o NCPC é totalmente inaplicável em sede de justiça arbitral.

Ao que nós somos avessos é à ideia da aplicação do NCPC – ou do código revogado de 1961 – em bloco, enquanto lei reguladora do processo arbitral, uma vez que esta aplicação só pode ocorrer no âmbito dos processos judiciais e não nos processos arbitrais, cuja natureza não se coaduna com grande parte das regras constantes daquele diploma legal.

Concordamos, portanto, neste ponto, com MARIANA FRANÇA GOUVEIA, defendendo, em regra, a inadequação da remissão para o NCPC como regra processual da arbitragem.

3.2. As limitações impostas pelo n.º 2 do artigo 30.º da LAV

3.2.1. A limitação temporal

Nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LAV, as partes apenas poderão definir as regras do processo arbitral até à aceitação do primeiro árbitro. Esta regra é, de acordo com ARMINDO RIBEIRO MENDES⁶², fácil de explicar: é neste momento que ocorre a transferência dos poderes processuais para os árbitros.

Consequentemente, se, até à aceitação do primeiro árbitro, as partes são livres de definir as regras do processo, a partir deste momento qualquer alteração na tramitação que ocorra por iniciativa daquelas depende da aceitação dos árbitros⁶³.

De referir a este propósito que, como recorda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁴, o n.º 2 do artigo 30.º da LAV visa impedir que, entre a aceitação do primeiro árbitro e a aceitação dos restantes, haja negociação

⁶² ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Da Condução...”, p. 112.

⁶³ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, p. 676.

⁶⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

de regras processuais entre aquele e as partes. Isto porque, a aceitar-se tal negociação, a independência do árbitro nela interveniente seria posta em causa⁶⁵.

3.2.2. Os restantes limites

3.2.2.1. Os princípios processuais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “o modo de proceder, desde o pedido inicial até à decisão que ponha termo ao litígio, não deve ser nem aleatório, nem arbitrário, nem imprevisível”⁶⁶. Deverá, ao invés, o processo arbitral consistir em “regras claras e previsíveis, que protejam os valores do ordenamento e que, quanto possível, consensualizem a excelência da decisão”⁶⁷, havendo, desta forma, limitações ao princípio da autonomia privada em matéria de fixação da tramitação⁶⁸.

Daí que, como já foi referido, em sede de arbitragem voluntária, a própria LAV imponha, no n.º 2 do próprio artigo 30.º, a necessidade de as partes observarem, aquando da fixação da tramitação do processo arbitral, os princípios processuais referidos no n.º 1 do mesmo artigo 30.º e as regras processuais imperativas do mesmo diploma legal.

No que respeita ao n.º 1 do artigo 30.º da LAV, este preceito consagra, respetivamente, nas suas alíneas a), b) e c), a obrigatoriedade de citação do demandado e os princípios da igualdade, da audição adequada e do contraditório.

De referir que estes princípios têm de ser respeitados em sede de arbitragem voluntária, sob pena de a sentença arbitral vir a ser anulada pelo Tribunal da Relação do distrito da sede da arbitragem, nos termos da subalínea ii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º e da alínea h) do n.º 1 do artigo 59.º da LAV, sempre que essa violação haja tido influência na decisão do litígio. Por outras palavras, e tal como recorda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de junho de 2017, do Juiz

⁶⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 281.

⁶⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 263.

⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 263.

⁶⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 280.

Desembargador Relator José Veloso⁶⁹, é necessário que a violação destes princípios tenha interferido “de forma decisiva ou determinante” no sentido da decisão final para que a ação de anulação seja procedente, sendo essa avaliação sempre feita segundo um juízo de prognose póstuma.

No que à citação diz respeito, é obrigatório dar conhecimento ao demandado de que contra ele pende uma ação, da identidade do demandante, do pedido e da causa de pedir e dos meios e prazos de defesa de que dispõe⁷⁰.

Já o princípio da igualdade é inerente a todo e qualquer processo arbitral e nele têm origem os restantes princípios constantes do n.º 2 do artigo 30.º da LAV^{71 72}.

Dele decorre que deva tratar-se de forma semelhante as situações ou atos que joguem com interesses idênticos, isto é, deve dar-se o mesmo tratamento às partes sempre que as suas posições no processo sejam semelhantes e tratá-las de forma diferente quando as suas posições processuais sejam desiguais⁷³.

Além do mais, em obediência a este princípio, as partes devem usufruir de prazos e condições iguais para o pagamento de preparos e devem poder intervir na indicação do colégio pericial e participar no processo com condições de trabalho e faculdades semelhantes⁷⁴.

Importa referir também, neste âmbito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2018, do Juiz Desembargador Relator Vaz Gomes⁷⁵, segundo o qual, em qualquer caso que a LAV seja aplicada, “o processo arbitral deve, necessariamente, respeitar o princípio fundamental do tratamento das partes com igualdade (art.º 30/1/b)”.

⁶⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20.06.2017, Processo N.º 01429/16, disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

⁷⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, pp. 671-672.

⁷¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

⁷² Por esta razão, consideramos que a obrigatoriedade de citação não configura um princípio processual *per se* e, de ora em diante, apenas falaremos dela como de uma derivação do princípio da igualdade de armas e do contraditório.

⁷³ Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, p. 371.

⁷⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12.07.2018, Processo N.º 1254/17.9YRLSB-L1-2, disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

Consequentemente, as regras processuais eventualmente definidas pelas partes ao abrigo do n.º 2 do artigo 30.º da LAV terão de estar de acordo com este princípio.

Neste aresto, estava em causa um pedido de anulação de uma sentença arbitral proferida pelo Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, que havia julgado a ação parcialmente procedente e condenado os demandados a pagar à demandante a totalidade dos danos resultantes do incumprimento de um acordo parassocial. Alegavam os demandados que o tribunal arbitral tinha violado o princípio da igualdade previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, ao indeferir dois requerimentos de produção de prova pericial (uma contabilística e outra informática) apresentados depois da fase dos articulados. Isto apesar de as regras definidas pelo tribunal arbitral apenas permitirem que as partes apresentassem estes requerimentos na fase dos articulados.

Considerou o Tribunal da Relação de Lisboa que este fundamento de anulação não poderia proceder, pois não tinha havido qualquer violação do princípio da igualdade, uma vez que a regra que delimitava o requerimento de prova pericial à fase dos articulados tinha sido estabelecida na ata de instalação do tribunal arbitral, com respeito pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º da LAV e com a prévia consulta e a concordância das partes (ainda que não plena). Além do mais, esta regra não excluía a possibilidade de este meio de prova ser produzido no processo, nem tinha ficado provado que a omissão destas perícias tivesse tido influência definitiva na resolução do litígio.

Por conseguinte, e pela improcedência também dos outros fundamentos invocados pelas partes, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu julgar a ação de anulação improcedente.

Já a segunda parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV consagra, de acordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁷⁶, o direito de audição adequada. Mais especificamente, tal significa que as partes têm as faculdades de intervir inicialmente no processo através da apresentação dos articulados, de participar na fase de instrução e de apresentar alegações⁷⁷.

⁷⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

⁷⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

No que ao princípio do contraditório diz respeito, este obriga a que, sempre que uma das partes requeira algo ao tribunal, este oiça a parte contrária⁷⁸.

Além do mais, cada uma das partes deve poder participar na produção de prova e apresentar os pontos de vista jurídicos sobre todos os factos e provas que o tribunal deve utilizar como fundamento da sua decisão⁷⁹.

O tribunal deverá também, ao abrigo deste princípio, revelar na decisão final que teve em conta todos os argumentos trazidos pelas partes ao processo e os argumentos por estas apresentados nos articulados e nas alegações orais, a não ser que estes sejam processualmente inadmissíveis⁸⁰.

Sobre o contraditório como princípio processual da arbitragem voluntária debruça-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de janeiro de 2018, do Juiz Desembargador Relator Ilídio Sacarrão Martins, embora no âmbito da (entretanto abolida) arbitragem necessária relativa a litígios emergentes de direitos de propriedade industrial respeitantes a medicamentos de referência e medicamentos genéricos (Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro)⁸¹.

Estava aqui em causa uma ação de anulação de uma sentença arbitral absolutória proferida em 13 de março de 2017, com o argumento (para o que aqui nos interessa) de que o tribunal arbitral tinha violado o princípio do contraditório, previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, ao conhecer da caducidade do direito de ação da requerente com base em argumentos não invocados pelas partes.

Entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa que o princípio do contraditório deve ser observado em todas as fases do processo arbitral, podendo apenas o tribunal arbitral decidir sobre o pedido de uma das partes depois de ter ouvido a parte contrária. Contudo, veio julgar o pedido de anulação improcedente, considerando que não tinha havido violação do contraditório neste processo arbitral pelo facto de a caducidade do direito de ação analisada pelo tribunal arbitral ser igual à invocada pela requerida e,

⁷⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 278.

⁷⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, pp. 674-675.

⁸⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, p. 675.

⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; 11.01.2018, Processo N.º 927/17.0YRLSB-8, disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

consequentemente, as partes terem tido a oportunidade de se pronunciar sobre esta exceção perentória. Em suma, “não há violação do princípio do contraditório quando a decisão do tribunal não se desvinculou do alegado pelas partes, que até dispuseram das oportunidades processualmente previstas para se pronunciarem sobre os factos alegados”.

Uma problemática a propósito deste princípio consiste em saber se o tribunal arbitral que pretenda, ao abrigo do *iura novit curia*, tomar uma decisão com base em normas não alegadas nem discutidas previamente no processo deve ouvir as partes sobre esta sua intenção.

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO⁸² e ARMINDO RIBEIRO MENDES⁸³, enquadrando esta situação na vertente do princípio da proibição das decisões-surpresa, entendem que o tribunal tem o dever de ouvir previamente as partes, dando-lhes, desta forma, oportunidade para apresentarem a sua opinião sobre as normas que pretende aplicar.

Já ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO é avesso a esta obrigatoriedade, com o argumento de que o princípio da proibição das decisões-surpresa não releva no âmbito do Direito aplicável, referindo ainda que, se fosse obrigatório ouvir as partes sempre que surgisse um circunstancialismo novo, o processo arbitral não terminaria⁸⁴.

Quanto a nós, alinhamos com a primeira posição.

Somos, na verdade, da opinião de que, à semelhança do que ocorre no âmbito do Processo Civil, também o tribunal arbitral não está vinculado à qualificação jurídica dos factos apresentada pelas partes, podendo, por conseguinte, proceder a um enquadramento jurídico distinto da factualidade alegada nos articulados.

A outra conclusão não poderíamos, aliás, chegar, uma vez que o princípio *iura novit curia* também vigora no âmbito do processo civil (n.º 3 do artigo 5.º do NCPC), processo este que, como vimos, é mais rígido do que o arbitral. Não faria, portanto, sentido permitir que o juiz procedesse a uma qualificação jurídica distinta dos factos alegados na fase dos articulados e impedir que o árbitro procedesse a esta alteração.

Contudo, consideramos que do princípio do contraditório decorre a necessidade de audição das partes pelo tribunal sempre que este pretenda

⁸² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução...”, p. 675.

⁸³ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Da Condução...”, p. 112.

⁸⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 279.

alterar a qualificação jurídica dos factos. Por conseguinte, quando o tribunal pretenda proceder a um enquadramento jurídico distinto do que foi efetuado pelas partes no processo arbitral, deve comunicar-lhes a sua intenção e permitir que elas expressem a sua opinião sobre a subsunção pretendida. Só após as partes se terem pronunciado – ou terem tido a oportunidade de se pronunciar – sobre a intenção do árbitro é que poderá ser determinada esta alteração.

De outro modo, ao admitirmos que o tribunal procedesse a esta modificação sem a prévia intervenção das partes, estaríamos a compactuar com uma violação gravíssima do princípio do contraditório, uma vez que estaríamos a permitir algo que este princípio visa contrariar: a tomada de uma decisão unilateral pelo tribunal em matéria de direito, sem a audição prévia do demandante e do demandado.

Não colhe, quanto a nós, o argumento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO nesta sede, uma vez que consideramos que a celeridade processual jamais pode ser obtida com sacrifício dos princípios estruturantes do processo arbitral constantes do n.º 1 do artigo 30.º da LAV. Somos da opinião de que as meras exigências de celeridade não podem ser utilizadas para justificar desvios inadmissíveis ao contraditório e que este princípio, tal como os outros que são mencionados neste preceito legal, deve ser respeitado ao longo do processo arbitral, ainda que com eventuais retardamentos a jusante relativos à prolação da sentença de mérito.

Subordinar o respeito pelo princípio do contraditório a exigências de celeridade processual levaria, quanto a nós, a resultados aberrantes, como o de permitir, em última instância, que a audição das partes fosse afastada pelos árbitros sempre que esta não pudesse ser levada a cabo imediatamente e provocasse um atraso (ainda que insignificante) na decisão do litígio. Tal solução é, como vimos, inaceitável e é de afastar, uma vez que o respeito pelos princípios estruturantes do processo arbitral deve prevalecer em toda e qualquer circunstância sobre a celeridade processual.

3.2.2.2. As normas processuais injuntivas da LAV

O n.º 2 do artigo 30.º da LAV obriga as partes a respeitar as restantes regras imperativas da LAV na definição das regras do processo.

Importa, nesta sede, concretizar que regras são estas e distinguir o que é injuntivo do que é supletivo em sede de processo arbitral.

Neste ponto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO inclui, no elenco de regras imperativas da LAV, as referentes à invalidade da convenção da arbitragem (artigos 1.º, 2.º e 3.º), à irregularidade na composição do tribunal arbitral, desde que com impacto na decisão final, à condenação *extra e ultra petitem*, à irregularidade da decisão por violação dos artigos 42.º, n.ºs 1 e 3 da LAV (falta de redução a escrito e de assinatura dos árbitros ou falta de fundamentação), ao desrespeito pelo prazo máximo para a prolação de sentença previsto no artigo 43.º da LAV (12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro ou finda a prorrogação prevista no n.º 2 deste preceito legal) e ainda aos preceitos que se aplicam em arbitragens setoriais, como a arbitragem necessária⁸⁵.

A *contrario*, e como recorda MANUEL PEREIRA BARROCAS⁸⁶, as partes poderão regular a intervenção de terceiros de uma forma distinta da prevista no artigo 36.º da LAV, estabelecer a possibilidade de recurso da sentença arbitral, fazendo uso da faculdade prevista na segunda parte do n.º 4 do artigo 39.º do mesmo diploma legal, fixar a prolação da sentença arbitral num prazo mais curto do que o constante do artigo 43.º ou ainda estabelecer o número de articulados admissíveis no processo, em afastamento das regras constantes do artigo 33.º do mesmo diploma legal, determinado, por exemplo, que será admissível réplica e tréplica para resposta à réplica.

Tal possibilidade existe porque estas regras, ao contrário das apontadas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, são supletivas e não injuntivas, pelo que podem ser afastadas em concreto por iniciativa conjunta das partes.

Além do mais, a LAV permite expressamente que as partes regulem outros aspetos da tramitação, podendo, por exemplo, determinar que não serão realizadas quaisquer audiências para a produção de prova e que o processo será conduzido apenas com base em documentos e outros elementos de prova, incluindo a realização de depoimento testemunhal por escrito, havendo lugar também a alegações por escrito. Poderão, ao

⁸⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 280.

⁸⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem...*, 2013, p. 120.

invés, determinar que haverá sempre uma audiência oral para produção de prova e para alegações orais. Tal possibilidade é-lhes expressamente conferida pela parte inicial do n.º 1 do artigo 34.º deste diploma legal (“Salvo convenção das partes...”).

Também convém referir que, como é afirmado por ARMINDO RIBEIRO MENDES⁸⁷, as regras previstas nos n.ºs 1 a 4 do artigo 35.º da LAV, relativas às consequências das omissões e faltas de qualquer das partes, sendo supletivas, podem ser afastadas pelas partes nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da mesma lei. Neste âmbito, as partes podem fixar consequências distintas das previstas naqueles preceitos legais ou remeter para regulamentos de centros de arbitragem onde a matéria esteja tratada de forma diferente da prevista na LAV⁸⁸.

Em conclusão, vemos que, apesar de a parte final do n.º 2 do artigo 30.º da LAV restringir a autonomia da vontade das partes nesta matéria, vários aspetos da tramitação do processo arbitral podem ser regulados por acordo das partes, uma vez que, se este diploma legal contém várias regras imperativas, também várias são as normas dotadas de supletividade.

3.2.2.3. A observância de outros princípios e regras processuais

De acordo com ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE⁸⁹, além dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º da LAV, deverão ser respeitados todos os princípios constitutivos da ordem jurídica processual onde a arbitragem se insere e sem os quais é impossível a existência de um processo, quer eles constem diretamente da LAV ou não.

Usando as palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA⁹⁰, e para o que aqui nos interessa, é importante que as partes respeitem, nesta matéria, o

⁸⁷ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Da condução...”, p. 122.

⁸⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 2015, p. 263.

⁸⁹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 81.

⁹⁰ Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem...*, 2014, pp. 377-379.

princípio da promoção do acesso à Justiça, não promovendo a absolvição da instância em lugar da emissão de decisões que analisem o mérito dos pedidos formulados⁹¹.

Também os princípios da flexibilidade da tramitação do processo e dos instrumentos legais da arbitragem devem ser respeitados⁹², não podendo as partes criar uma tramitação complexa, burocrática ou excessivamente formal.

Além do mais, deverão ser respeitadas as normas imperativas constantes da CRP, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de outras convenções ou tratados internacionais⁹³.

Particularmente relevante nesta sede se revela o princípio do processo equitativo, constante dos artigos 6.º da CEDH e n.º 4 do artigo 20.º da CEDH, e o princípio da proporcionalidade, constante do artigo 18.º da CRP. Como mencionado por RUI MEDEIROS⁹⁴ e também recordado pelo Tribunal Constitucional, destes princípios decorre a proibição de limitações qualitativas ou quantitativas em matéria de prova que se revelem injustificadas, excessivas e arbitrárias⁹⁵ e a necessidade de qualquer limitação que se verifique nesta matéria se revelar ajustada à prossecução de outro interesse constitucionalmente relevante⁹⁶.

Assim sendo, e a título de exemplo, é inadmissível a fixação de uma tramitação processual na qual ambas as partes renunciem à produção de todo e qualquer meio de prova ou, alegando apenas razões de celeridade processual, estabeleçam que apenas poderá ser utilizado um meio (por exemplo, a prova testemunhal ou a prova documental) para prova dos factos controvertidos.

⁹¹ Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem...*, 2014, p. 377.

⁹² Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem...*, 2014, p. 378.

⁹³ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 82.

⁹⁴ RUI MEDEIROS, “Comentário ao artigo 20.º” in JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 443-444.

⁹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 209/95, Processo N.º 133/93, disponível em < <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> >.

⁹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 681/2006, Processo N.º 372/06, disponível em < <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> >.

Ademais, também o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto meta-princípio constante do artigo 1.º da CRP, deverá ser respeitado ao longo de todo o processo arbitral. O mesmo vale para o elenco dos direitos, liberdades e garantias constantes dos artigos 24.º a 57.º da CRP – com particular destaque para os direitos à vida (artigo 24.º), à integridade física e moral (artigo 25.º), à identidade pessoal, ao bom nome e à reputação, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, à dignidade pessoal, à identidade genética do ser humano (artigo 26.º) e ainda o direito à liberdade e à segurança (artigo 27.º), à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º) e à liberdade de expressão (artigo 37.º).

Desta forma, será inadmissível o estabelecimento de procedimentos probatórios que reduzam as partes ou os terceiros intervenientes no processo à qualidade de objeto ou que desrespeitem estes direitos fundamentais.

É o caso do acordo das partes que permite a utilização da tortura ou de outros tratamentos cruéis ou degradantes na inquirição das testemunhas, sempre que os árbitros considerem que estas não estão a dizer a verdade.

É o caso também da convenção que admite que os árbitros inquiram as testemunhas sobre aspetos relativos à vida íntima e absolutamente irrelevantes para o objeto do processo (por exemplo: orientação sexual, passatempos ou montante do salário auferido mensalmente) apenas com o intuito de averiguar da “credibilidade moral e social” das mesmas e de excluir em sede de sentença a valoração do depoimento das que considere “indignas”.

É ainda o caso da convenção que, numa ação relativa ao reconhecimento do direito de propriedade sobre um imóvel arrendado, permita que o tribunal arbitral proceda à inspeção ao local de noite e sem o consentimento dos arrendatários que residem no locado.

Em suma, a liberdade das partes está limitada por vários princípios e normas processuais injuntivas, incluídas quer na LAV, quer fora dela. Assim sendo, o n.º 2 do artigo 30.º da LAV consagra às partes uma faculdade ampla, mas não absoluta.

4. A pouca utilização prática do n.º 2 do artigo 30.º da LAV

Como recordam ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE⁹⁷, dado que o processo arbitral tem origem na autonomia privada das partes, é natural que as partes tenham a possibilidade de definir a tramitação do processo, ainda que de forma limitada. Assim sendo, não é de estranhar a opção legislativa prevista no n.º 2 do artigo 30.º da LAV, que vai ao encontro da origem contratual deste meio de resolução alternativa de litígios e que permite que o demandante e o demandado acordem em vários aspetos da tramitação processual, escolhendo “o regime processual que melhor sirva os seus interesses e os atributos que querem ver assegurados na respetiva tramitação”⁹⁸.

Neste panorama, podemos ser levados a pensar que o n.º 2 do artigo 30.º da LAV é uma norma que, por ter um objetivo nobre – permitir que as partes adequem a tramitação do processo aos seus interesses e às especificidades da causa –, é amplamente utilizada no âmbito dos processos de arbitragem voluntária domésticos. Contudo, não é essa a realidade.

De acordo com MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁹⁹, na prática, raros serão os processos em que as partes acordam sobre as regras processuais antes da aceitação do 1.º árbitro.

Frequentemente, a definição destas regras é feita pelo tribunal arbitral, no uso dos poderes que lhe são atribuídos pelo n.º 3 do artigo 30.º do CPC, já depois de o litígio ter surgido e de as partes deixarem de estar na disponibilidade para negociar. Neste âmbito, os árbitros acabam muitas vezes por remeter para regras processuais previamente definidas, como o Código de Processo Civil ou o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa¹⁰⁰.

Além do mais, também é frequente ocorrer uma reunião preliminar entre os árbitros e as partes com o intuito de definir as regras processuais, reunião essa que pode ser particularmente relevante no seio das

⁹⁷ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual...*, 2019, p. 79.

⁹⁸ Mário Esteves de Oliveira et al., *Lei da Arbitragem...*, 2014, p. 380.

⁹⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 235.

¹⁰⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 235.

arbitragens domésticas, especialmente quando se pretende evitar a aplicação do Código de Processo Civil¹⁰¹.

Concluimos, desta forma, que o n.º 2 do artigo 30.º do CPC é uma norma com pouca utilidade prática no âmbito dos processos de arbitragem voluntária, sendo raros os casos em que as partes, por si só, definem a tramitação do processo arbitral.

Veremos agora que razões existem para esta situação e se existe alguma forma de ultrapassá-la e de incentivar as partes a fazer uso com mais frequência da faculdade que lhes é concedida pelo referido preceito legal.

4.1. Justificação

Certo é que o processo arbitral tem, ao contrário do processo judicial, origem na autonomia privada das partes, não podendo o tribunal arbitral intervir no âmbito de um determinado litígio se tal não for permitido por uma convenção de arbitragem. Certo é também que o processo arbitral pretende ter uma tramitação flexível, casuisticamente definida e adequada às necessidades do processo. Daí que as partes tenham, ao contrário do que acontece no processo judicial, a possibilidade de, por acordo, definir com amplitude as regras do processo.

Contudo, não basta prever esta faculdade na letra da lei para que ela seja aplicada. Estamos em crer que existem, atualmente, vários circunstancialismos práticos a obstar a uma maior aplicação deste preceito legal.

Em primeiro lugar, a maior parte dos processos arbitrais que surgem no ordenamento jurídico português têm origem numa cláusula compromissória e não num compromisso arbitral, pelo que os advogados das partes não se sentem, na maior parte dos casos, suficientemente confortáveis nem com predisposição para definir regras do processo por acordo numa altura em que não existe ainda um litígio nem, consequentemente, se averigua útil, na sua perspetiva, definir a tramitação para um (eventual) processo arbitral a decorrer, com pouca probabilidade, num futuro longínquo.

¹⁰¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, 2014, p. 234.

Ademais, a falta de experiência prática de muitos advogados com a arbitragem, o receio de criação, na convenção de arbitragem ou numa fase ainda embrionária do processo, de normas que mais tarde possam considerar desajustadas ou inadequadas, a desconfiança em relação ao advogado da parte contrária ou, até, a situação exatamente oposta de haver um vínculo de amizade e confiança entre as partes leva estas e os seus advogados a pensar que é desaconselhável ou inútil definir a tramitação processual antes da constituição do tribunal arbitral.

Assim sendo, as partes sentir-se-ão, na maior parte dos processos, mais confiantes em ver a tramitação definida pelos árbitros do que estarem elas próprias a definir as regras do processo numa fase anterior. Tal confiança deve-se, quanto a nós, ao facto de os árbitros serem, aos olhos das partes e dos seus mandatários, terceiros neutros e imparciais em relação ao litígio e, ao mesmo tempo, possuírem experiência em arbitragem suficiente para, olhando para as características do processo e para o seu previsível andamento, definir a tramitação mais adequada ao caso *sub judice*.

Desta forma, na maior parte dos processos arbitrais, as partes preferem que o n.º 3 do artigo 30.º da LAV seja aplicado e que, nessa sequência, a tramitação seja criada pelo tribunal arbitral recém-constituído e posteriormente discutida numa reunião preliminar.

Concluimos, portanto, que a pouca aplicação prática do n.º 2 do artigo 30.º da LAV se deve, sobretudo, por um lado, a uma questão de mentalidade – a pouca predisposição das partes e dos seus advogados para negociarem regras processuais antes de surgido o litígio e a confiança por estes depositada no tribunal arbitral nesta matéria – e, por outro lado, a questões de ordem prática – a maior conveniência em se fixar as regras do processo depois da constituição do tribunal arbitral, numa fase em que os contornos do objeto do litígio se encontram mais definidos.

Consequentemente, só em processos que tenham origem em compromissos arbitrais (onde o litígio já existe) ou em que intervenham advogados experientes em arbitragem, cooperantes entre si e preocupados com a prévia regulação da tramitação processual, será o n.º 2 do artigo 30.º da LAV aplicado. Nos outros casos, nem as partes nem os seus advogados estarão preocupados ou com disposição para fazer uso da faculdade conferida por este preceito legal, confiando antes que o tribunal arbitral, no uso do n.º 3 do mesmo artigo 30.º, criará a tramitação mais adequada ao caso *sub judice*.

4.2. Como ultrapassá-la?

Não antevemos, face ao referido anteriormente, que seja fácil promover uma maior aplicação do n.º 2 do artigo 30.º da LAV no âmbito da arbitragem voluntária.

Necessário seria, para o efeito, que intervissem em sede de arbitragem advogados mais cautelosos e experientes, que tivessem confiança e conhecimentos suficientes em arbitragem para, ainda antes de constituído o tribunal arbitral, anteciparem o desenrolar do processo e, nesta sede, definirem regras processuais ajustadas ao circunstancialismo do caso *sub judice*.

Além do mais, o n.º 3 do artigo 30.º da LAV funciona enquanto válvula de escape, levando a que, na maior parte dos processos arbitrais, as partes descurem a fixação das regras processuais e confiem esta tarefa ao tribunal, enquanto entidade competente para definir a tramitação concreta na falta de acordo entre o demandante e o demandado. O n.º 3 do artigo 30.º acaba por ser, desta forma, a regra e o n.º 2 a exceção, sendo poucos os casos em que o demandante e o demandado terão iniciativa conjunta nesta matéria

Enquanto este panorama se mantiver, as partes continuarão a confiar ao tribunal arbitral a tarefa de definir as regras processuais e o n.º 2 do artigo 30.º da LAV será praticamente letra morta, pois só em processos arbitrais com características muito específicas (como os referidos anteriormente) haverá lugar à definição das regras do processo por acordo das partes.

Necessário é que, na prática, haja uma mudança de mentalidade das próprias partes e uma maior predisposição e sensibilização para a utilidade da aplicação prática do n.º 2 do artigo 30.º da LAV. Enquanto tal não se verificar e as partes continuarem a confiar no tribunal arbitral para definir as regras do processo, este preceito legal pouco ou nada será utilizado no âmbito da arbitragem voluntária doméstica.

5. Conclusão

À luz do anteriormente dito, podemos concluir que, no âmbito dos processos de arbitragem voluntária, a lei concede às partes a faculdade

de, ainda que de forma limitada, regularem a tramitação do processo arbitral por acordo. Vale, nesta matéria, apenas um limite temporal (até à aceitação do primeiro árbitro) e a necessidade de respeito dos princípios e regras processuais injuntivas, não só da LAV, mas também do ordenamento jurídico onde a arbitragem se insere.

Esta opção legislativa é, quanto a nós, louvável e não é de todo descabida, atendendo ao facto de a arbitragem ter origem na vontade das próprias partes e ser um meio de resolução alternativa de litígios que pretende promover o exercício da autonomia privada e a existência de um processo flexível e ajustado ao circunstancialismo concreto. Processo esse que, como também vimos, não se coaduna com a aplicação em bloco do NCPC, pois, embora admissível em teoria, esta aplicação é incompatível com a lógica do processo arbitral, sendo grande parte das regras daquele diploma legal desajustadas à realidade da arbitragem voluntária doméstica.

Contudo, também verificámos que existem fatores de natureza prática a obstar à aplicação frequente do n.º 2 do artigo 30.º da LAV e que só em casos muito pontuais terão as partes a iniciativa para, por elas próprias, definir a tramitação do processo.

Desta forma, o n.º 2 do artigo 30.º da LAV, embora pareça definido na letra da lei como a regra, acaba por, na prática, ser a exceção nesta matéria, sendo o n.º 3 a norma habitualmente utilizada para a definição da tramitação do processo arbitral.

Enquanto a mentalidade não mudar e as partes e os seus advogados não estiverem sensibilizados para as vantagens do n.º 2 do artigo 30.º da LAV, nem tiverem a iniciativa e a coragem de definir as regras do processo antes da aceitação do primeiro árbitro, pouca ou nenhuma aplicação poderá este preceito ter no âmbito da arbitragem voluntária doméstica em Portugal.

I – ARTIGOS

B) Mediação

Mediação ambiental – explorando a praticabilidade dos princípios da Lei n.º 29/2013

CÁTIA MARQUES CEBOLA^{*}

DULCE LOPES^{**}

LIA VASCONCELOS^{***}

ÚRSULA CASER^{****}

Resumo: Uma adequada preservação do ambiente para as gerações presentes e futuras exige uma resolução rápida e eficiente dos conflitos ambientais. A complexidade dos conflitos ambientais e a multiplicidade de grupos e atores envolvidos retarda a tomada de decisões e dificulta os processos judiciais em muitas dimensões. Neste âmbito, a mediação apresenta-se como o instrumento que pode contribuir para a participação mais ampla e diversificada de todas as partes direta e indiretamente afetadas, surgindo como um método capaz de responder às especificidades das disputas ambientais. Este contexto serviu de ponto de partida para o livro “Mediação Ambiental – da Lei à Prática: à luz dos Princípios da Lei n.º 29/2013”, publicado pela Gestlegal, já em 2020, no qual as autoras exploram os oito princípios da mediação propostos pela Lei da Mediação vigente em Portugal e a sua aplicabilidade ao domínio ambiental. Este texto retoma e desenvolve algumas considerações incluídas nesse livro.

Palavras-chave: *Conflitos Ambientais; Mediação; Lei n.º 29/2013; Princípios da Mediação.*

Abstract: The adequate preservation of the environment for present and future generations calls for the rapid and efficient resolution of environmental conflicts. However, the complexity of environmental conflicts and the multiplicity of involved stakeholders slow down decision-making and make judicial processes difficult in many dimensions. In this context, mediation appears as a tool that can contribute to a wider and

^{*} Professora Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria e investigadora do IJP-IPLeiria.

^{**} Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e investigadora do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra.

^{***} Professora Auxiliar da Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa e investigadora do MARE – Centro de Ciências do Mar e do Ambiente.

^{****} Mediadora, formadora em mediação ambiental e CEO da Mediatedomain.

diverse participation of all directly and indirectly affected parties and proves capable of responding in a structured procedural way to the specificities of environmental disputes. This general context served as a basis for the book “Environmental Mediation – from Law to Practice” (referring to the Portuguese Law of Mediation 29/2013), published by Gestlegal in 2020. The authors explore the eight principles of mediation proposed by the Portuguese mediation law, discussing their applicability in environmental context. This text revisits and develops some of the conclusions included in the abovementioned book.

Keywords: *Environmental Conflicts; Mediation; Law 29/2013; Portugal; Mediation Principles.*

1. Contextualização geral

A mediação em contexto ambiental traduz um meio extrajudicial de resolução de litígios através do acordo entre os diversos *stakeholders* que representam distintos interesses em conflito no âmbito de um determinado litígio territorial, urbanístico ou ambiental¹. O relevo e a consciência da sua importância têm vindo a crescer paulatinamente, de modo que se torna imperioso conhecer os seus contornos legais e as virtualidades práticas da sua aplicação.

Na verdade, as especificidades dos conflitos ambientais, urbanísticos ou territoriais² revelam que o sistema judicial, muitas vezes burocrático nos procedimentos e moroso na decisão dos litígios que lhe compete³, nem sempre terá a resposta adequada à resolução deste tipo de conflitualidade. Com efeito, ao nível ambiental, os conflitos existentes envolvem,

¹ Um dos primeiros casos documentados na doutrina de aplicação da mediação ambiental verificou-se nos EUA, em 1973, relativamente à construção de uma barragem no rio Snoqualmie, a 30 milhas de Seattle. Para mais desenvolvimentos sobre o Caso da Barragem no Rio Snoqualmie, ver LAWRENCE S. BACOW e MICHAEL WHEELER, *Environmental dispute resolution*, Plenum Press, New York, 1984, pp. 113 e ss. Ver também CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Da admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística – experiências presentes, possibilidades futuras”, *Revista CEDOUA*, Ano XIII, n.º 25, 2010, pp. 65-84.

² Analisando as especificidades dos conflitos ambientais, veja-se, entre outros, LAWRENCE SUSSKIND e ALAN WEINSTEIN, “Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. IX, 1980-81, pp. 314-336.

³ Para análise relativa à duração dos processos judiciais em Portugal, vejam-se os dados estatísticos disponíveis em <http://www.siej.dgpi.mj.pt>.

regra geral, diferentes grupos de interesses (conflitos multipartes), interligados por relações de poder em desequilíbrio (uma vez que a capacidade de negociar e decidir dos *stakeholders* poderá ser distinta), representando interesses públicos, mas também privados, e envolvendo questões técnicas complexas, o que torna difícil que se proceda a uma adjudicação judicial que compreenda todas as questões em disputa⁴.

As especificidades evidenciadas revelam a pertinência da mediação, uma vez que, através de procedimentos flexíveis e ajustáveis a cada caso, se permite, de forma mais eficaz, uma melhor aproximação à resolução do conflito, atendendo-se simultaneamente, na medida do possível, a todos os interesses em confronto⁵. Paralelamente, tornam evidente também que a mediação ambiental pode e deve revestir-se de exigências procedimentais e processuais distintas das que se verificam noutros campos, como na mediação civil e comercial.

Em Portugal, a mediação está regulamentada de forma autónoma e geral na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril⁶, que estabelece os princípios basilares que deverão ser aplicados a todas as mediações realizadas em Portugal (Capítulo II), independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação (conforme prescreve o artigo 3.º)⁷. Visou-se,

⁴ ÚRSULA CASER, CÁTIA MARQUES CEBOLA, LIA VASCONCELOS e FILIPA FERRO, “Environmental Mediation: An Instrument for Collaborative Decision Making in Territorial Planning, Implicitly Regulated in the New Mediation Law?”, *Finisterra*, Vol. LII, n.º 104, 2017, pp. 109-122, doi: 10.18055/Finis6969.

⁵ ÚRSULA CASER e LIA VASCONCELOS, “Mediation – How to promote better Decision in Spatial Planning”, *1st International Meeting – Geography & Politics, Policies and Planning*, Publicações Electrónicas, n.º 1, Porto, 2013, pp. 157-166.

⁶ De ora em diante abreviadamente referida por Lei n.º 29/2013 e para onde se remete sempre que se referirem artigos sem a correspondente proveniência legal. Sobre esta Lei, veja-se DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada*, 2.ª ed., Almedina, 2016; CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, 2015, pp. 53-65; MARIA OLINDA GARCIA, “Gestão contratual do risco processual – a mediação na resolução de conflitos em Direito Civil e Comercial”, in *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, António Pinto Monteiro (ed.), Instituto Jurídico, 2015, pp. 165-188; e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014.

⁷ ÚRSULA CASER, “Mediation in Portugal”, *Handbuch Mediation – Methoden und Technik – Rechtsgrundlagen, Einsatzgebiete*, Fritjof Haft e Katharina Gräfin von Schlieffen (ed.), Becks Verlag, 2016, pp. 1347-1358.

assim, criar um quadro mínimo harmonizado para o funcionamento de qualquer mediação em Portugal. Na prática, este referencial pode levantar diversos problemas na concretização do direito, tendo em conta que determinados conflitos, em concreto em contexto ambiental, pelas suas especificidades, convocam uma adaptação das exigências legais ou, em última instância, podem demandar a regulamentação específica de alguns princípios.

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

Com a redação do n.º 5 do artigo 87.º-C do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁸ (na sequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro), a mediação deve processar-se no campo administrativo “nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações”. Ora, esta norma tornou ainda mais premente a necessidade de se perceber como se poderão compatibilizar os princípios gerais da mediação consagrados na Lei n.º 29/2013 com as especificidades dos conflitos ambientais e territoriais. Neste estudo apresentam-se as principais conclusões relativas à descrita (in)compatibilização.

Para ilustrar os desafios na aplicabilidade dos princípios da Lei n.º 29/2013 em contexto de mediação ambiental, recorre-se, sempre que

⁸ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro e sucessivamente alterado, sendo de ora em diante abreviadamente referido por CPTA.

pertinente, a casos de estudo reais⁹, em concreto ao Projeto Cova da Moura – Processo de Intervenção Participada Socio-Territorial (2006)¹⁰, que decorreu num bairro do concelho da Amadora e visou promover a inovação da intervenção em políticas públicas urbanas através de novas formas de governância, tendo sido desenvolvido no âmbito da Iniciativa Operações de Qualificação e Inserção Urbana de Bairros Críticos¹¹, conhecida como Iniciativa Bairros Críticos (ICB). Em causa esteve um conflito que opunha a Câmara Municipal da Amadora, por pretender demolir cerca de 2/3 do bairro e reconverter urbanisticamente a área, e os residentes do Bairro da Cova da Moura que se opunham, tendo solicitado o apoio à Faculdade de Arquitetura para uma proposta de melhorias que impedissem a destruição do bairro.

Outro caso de estudo também relevante nesta análise respeita ao projeto MARGov – Governância Colaborativa de Áreas Marinhas Protegidas (2008-2011)¹², que visou resolver o conflito resultante da imposição de novas regras para o Parque Marinho Professor Luiz Saldanha (PMPLS), na Arrábida, e centrou-se especialmente na oposição entre os gestores do Parque e os pescadores artesanais. Este projeto foi financiado em 2008 pela Fundação Calouste Gulbenkian (FCG) e o Oceanário de Lisboa, tendo ganho o Galardão para a Sustentabilidade dos Oceanos no âmbito do Programa Ambiente da FCG. O desafio específico deste projeto consistiu na construção colaborativa, com os atores sociais e institucionais de um modelo de governância colaborativa – replicável e adaptável a outras áreas marinhas protegidas – em que cada parceiro se tornou um agente de mudança na gestão sustentável daquela área¹³.

Com base, sobretudo, nestes dois *case studies*, foi possível concluir pela adequabilidade (ou não) das previsões normativas da Lei n.º 29/2013 relativamente a cada um dos princípios que regula quando aplicáveis à mediação ambiental, como veremos seguidamente.

⁹ Nos quais participaram as duas mediadoras autoras do presente texto – Úrsula Caser e Lia Vasconcelos.

¹⁰ Para mais informação, veja em www.wteamup.com/cova-da-moura [data de consulta: 30 de março de 2020].

¹¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 143/2005, de 2 de agosto.

¹² Cfr., em geral, sobre este projeto, Vasconcelos *et al.* (2012, 2013, 2015).

¹³ Para mais informação, veja-se www.wteamup.com/margov [data de consulta: 30 de março de 2020].

2. A voluntariedade em contexto jurídico-administrativo e ambiental

A voluntariedade da mediação, prevista no artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, impõe ao mediador o dever de obter o consentimento dos mediados de forma “esclarecida e informada”, devendo aquele, consequentemente, “esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar” [artigo 26.º, alínea a)]. Assim, a voluntariedade, em termos práticos, concretizar-se-á na realização de uma pré-mediação para esclarecimento das partes sobre o funcionamento e regras que regem o procedimento e formaliza-se na assinatura do protocolo de mediação, tal como prescreve o artigo 16.º da Lei em referência.

Este princípio traduz ainda a possibilidade de desistência por parte do mediado em qualquer altura do processo, não tendo para o efeito de invocar qualquer razão ou apresentar justificação, e não podendo a parte contrária opor-se à desistência de um mediado¹⁴ (artigo 4.º, n.º 2), nem a recusa em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação significará uma violação do dever de cooperação (artigo 4.º, n.º 3)¹⁵⁻¹⁶.

¹⁴ Nesta sede, DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO assinalam quatro dimensões ao princípio da voluntariedade, consagrado na Lei n.º 29/2013, concretizando-se o mesmo (1) na *liberdade de escolha* ou de opção pela mediação; (2) na liberdade de abandono da mediação (ou, por outras palavras, desistência deste procedimento em qualquer momento); (3) na liberdade de elaboração do acordo de mediação; (4) na liberdade de escolha do mediador. DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada, cit.*, pp. 33-36.

¹⁵ Como previsto no artigo 7.º do Código de Processo Civil (CPC).

¹⁶ Sobre esta norma, diga-se que a redação do artigo 4.º da Lei n.º 29/2013 torna duvidosa a aplicação à mediação do artigo 533.º, n.º 4 do CPC (que mantém a redação do anterior artigo 447.º-D, n.º 4), nos termos do qual o “autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”. Na verdade, o artigo 533.º, n.º 4 cria uma sanção para quem não recorra a um meio de resolução alternativa de litígios, como é a mediação, parecendo contrariar a voluntariedade consagrada na Lei de Mediação. Sobre esta questão, por ora meramente teórica por não ter sido aprovada a Portaria de que depende a aplicação daquela norma, ver DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada, cit.*, pp. 38-40.

Em contexto ambiental, o Decreto-Regulamentar n.º 14/2003, de 30 de junho¹⁷, muito antes da Lei n.º 29/2013, consagra um exemplo, que diríamos isolado, de previsão da mediação como meio obrigatório ao prescrever que, nos “litígios surgidos entre as partes contratantes relacionados com a interpretação, integração ou execução do contrato de gestão e seus anexos, ou com a validade e eficácia de qualquer das suas disposições”, as partes devem, em primeiro lugar, tentar a sua resolução por mediação antes do recurso à arbitragem (artigo 93.º, n.º 2, corroborado pelo n.º 3). Ficou consagrada desta forma uma espécie de mediação necessária ou obrigatória, prévia à resolução do conflito por arbitragem, imposição de duvidosa legalidade à luz do relevo que a lei da mediação dá ao princípio da voluntariedade na dimensão da liberdade de escolha deste meio de resolução de litígios.

No plano administrativo, a reforma ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, aditou o artigo 87.º-C, cujo n.º 1 prescreve: “Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez” (n.º 1)¹⁸. Em termos literais, o legislador parece introduzir algum carácter de obrigatoriedade

¹⁷ Tal diploma aprovou o caderno de encargos tipo dos contratos de gestão que envolvam as atividades de conceção, construção, financiamento, conservação e exploração de estabelecimentos hospitalares, englobando um conjunto de questões de conteúdo ambiental relacionadas com os estabelecimentos hospitalares, tais como a jardinagem e manutenção de espaços verdes; abastecimentos a vapor e energia térmica, eletricidade, águas e gases; recolha e transporte de resíduos gerais; recolha e transporte de resíduos hospitalares; disposição e tratamento de resíduos gerais; disposição e tratamento de resíduos hospitalares; recolha e tratamento de efluentes líquidos.

¹⁸ Sobre a mediação administrativa em Portugal, veja-se, entre outros, ANA CELESTE CARVALHO, “A mediação em matéria administrativa: uma possibilidade com futuro”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, janeiro/fevereiro 2015, pp. 3-12; DOMINGOS SOARES FARINHO, “Mediação de litígios jurídico-administrativos: algumas notas prospetivas”, *Newsletter CAAD*, setembro 2014, pp. 8-14, disponível em https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_set_2014?e=7377553/9448966, acedido em 21 de fevereiro de 2017; DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, “A Mediação como mecanismo de solução de litígios jurídico-administrativos”, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*,

na realização da primeira sessão de uma mediação ou conciliação no plano administrativo quando estas vias sejam consideradas oportunas pelo juiz. Na verdade, na hipótese de o juiz considerar conveniente a sua aplicação, a lei não parece fazer depender da vontade das partes (seja expressa, seja presumida) o recurso à mediação ou conciliação, como se verifica, por exemplo, no âmbito da legislação processual civil, no artigo 273.º do Código de Processo Civil (CPC)¹⁹.

Por outro lado, o n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA, na sequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, passou a referir que a mediação se processará “nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações”. Tencionando o legislador remeter para a Lei n.º 29/2013, a voluntariedade da mediação em contexto administrativo e, consequentemente, em matéria ambiental, revela-se intransponível. Ainda assim, se tivermos em conta o teor literal do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 29/2013, parece que a voluntariedade começará na mediação propriamente dita, ou seja, as partes têm de consentir com a aplicação da mediação ao seu conflito. Se assim for, haverá margem legal para se permitir uma fase de pré-mediação obrigatória, desde que as partes possam nesta etapa prévia recusar dar início ao procedimento de mediação propriamente dito. Reforçando este entendimento pode invocar-se o artigo 16.º, n.º 2 da Lei da Mediação, nos termos do qual “o acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação”. Ora, o protocolo de mediação é assinado no final da sessão de pré-mediação, pelo que, numa interpretação literal da norma, apenas este momento e o futuro procedimento de mediação terão de ser voluntários. Se se adotar este entendimento, o artigo 87.º-C do CPTA deixa de gerar qualquer incompatibilidade com a voluntariedade da Lei da Mediação. Não obstante, os problemas interpretativos e de compatibilização com a Lei n.º 29/2013, parecem reforçar,

3.ª ed., Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Tiago Serrão (coords.), Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 137-190.

¹⁹ Independentemente do teor normativo que parece resultar do artigo 87.º-C, n.º 1 do CPTA, mesmo que uma das partes se veja eventualmente induzida a entrar num processo de pré-mediação, ou mesmo de mediação, daí não decorre qualquer obrigação de se prosseguir o processo ou de se chegar a acordo.

não obstante a nova formulação do n.º 5 do artigo 87.º-C, a necessidade de uma lei especial para a mediação administrativa, abrangendo-se, em consequência, a mediação ambiental.

2.1. A voluntariedade na prática

Em mediação ambiental a voluntariedade reveste-se de uma complexidade acrescida substancial, uma vez que as partes podem ser indivíduos a decidir por si próprios, mas também podem ser representantes (mais ou menos formalizados/institucionalizados) de diversas entidades (e.g., instituições, empresas, associações, grupos de interesse, etc.). Desta forma, é expectável e provável haver claramente dinâmicas diferentes quanto à sua participação voluntária.

Por exemplo, no Projeto Cova da Moura – Processo de Intervenção Participada Socio-Territorial (2006)²⁰, o modelo aplicado na resolução do conflito recorreu à plataforma – Grupo de Parceiros Locais (GPL) – no qual tinham assento 26 parceiros (4 associações locais, 10 entidades da administração regional e local – que integrava os representantes da Câmara Municipal – e 12 parceiros locais, ou seja, entidades com intervenção no bairro). O GPL, embora formado por 26 parceiros locais, juntou nas reuniões de trabalho entre 29 e 57 participantes, uma vez que cada parceiro levava frequentemente mais do que um elemento.

Ora, em mediação ambiental pode constatar-se que nem todas as partes participantes estão dispostas a envolver-se no procedimento, disponibilizando todas as informações relevantes e participando de forma aberta e produtiva nas conversas promovidas pelo mediador. Denominamos esta circunstância de “voluntariedades diferenciadas”, que se podem agrupar em quatro situações distintas:

²⁰ Para mais informação, veja-se www.wteamup.com/cova-da-moura [data de consulta: 30 de março de 2020].

Situação 1: Tanto a instituição/entidade como o representante (pessoalmente) acreditam genuinamente no processo de mediação

Nesta situação, a *voluntariedade é completa* e não apresenta dilemas. Há um desejo coerente de que a mediação se realize e o participante colabora em nome da sua instituição com entusiasmo e empenho.

Situação 2: A instituição/entidade acredita genuinamente no processo, mas o representante (pessoalmente) não acredita

Esta situação implica uma situação de *voluntariedade parcial*, uma vez que a participação à partida é imposta ao representante. Nesta situação, é discutível se se verifica o cumprimento do princípio da voluntariedade ou não e, muitas vezes, o representante apresenta uma postura de passividade e/ou oposição no diálogo.

Situação 3: A instituição/entidade não acredita no processo, mas um colaborador (pessoalmente) ou um departamento acredita genuinamente no processo e convence a instituição a participar a título experimental

Esta situação implica uma *voluntariedade condicionada*. A entidade entra e prossegue no processo com algumas reticências. Consequentemente, pode verificar-se como efeito desta posição que algumas informações relevantes não são partilhadas, pois a entidade tem medo de perder poder ou influência.

Situação 4: A instituição/entidade não acredita no processo, mas é forçada pela situação (política) a participar no processo e o representante (pessoalmente) acredita genuinamente no processo

Nesta hipótese, estaremos perante uma *voluntariedade forçada*. A entidade aceita participar no processo, mas contra a sua vontade. Pode ser visível uma colaboração insuficiente (que pode ir até à tentativa de bloqueio), visando o insucesso da mediação.

Do exposto percebe-se como o paradigma da voluntariedade sofre pesadas limitações em sede ambiental e, em geral, administrativa, uma vez que a participação de entidades públicas, dependendo quase sempre do fenómeno da representação (orgânica, legal ou voluntária) não permite fazer coincidir, as mais das vezes, os interesses públicos a salvaguardar com os interesses veiculados no procedimento de mediação.

Concluindo:

Dever-se-ia generalizar a adesão de princípio das autoridades administrativas à mediação, devendo estas, em nome dos princípios da eficiência e da participação dos interessados, vincular-se ao recurso a este meio de resolução de litígios sempre que ele fosse solicitado pelos interessados, a não ser que houvesse razões de interesse público para o recusar.

3. A confidencialidade e a sua compatibilização com a mediação ambiental

A previsão e regulamentação do princípio da confidencialidade da mediação são comuns a todos os diplomas legais que estabelecem o regime deste método de resolução de conflitos, que ganha atualmente uma relevância aplicativa crescente, embora distinta dependendo do tipo de conflito.

Em questões ambientais, a conflitualidade inerente caracteriza-se pela participação de múltiplos e diferentes sujeitos (e.g., cidadãos, representantes do poder político, ONGs ecologistas e empresários) que prosseguem diferentes objetivos, que terão de ser convocados para a resolução do conflito. Neste caso, será importante perceber como se respeitará a confidencialidade, tendo em conta o número elevado de mediados com distintos mandatos de representação e oriundos de diferentes níveis institucionais, não se podendo esquecer o interesse público patente neste tipo de processos, muitas vezes traduzido num interesse mediático na situação.

Segundo o princípio da confidencialidade e nos termos do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 29/2013, o mediador deve manter em sigilo todas as informações conhecidas nas sessões de mediação, sejam estas conjuntas (com todos ou vários mediados) ou individuais (com apenas uma parte). Consequentemente, o mediador não pode constituir-se testemunha, perito ou advogado em ações judiciais relacionadas com o objeto de uma mediação em que tenha tido intervenção prévia (artigo 28.º) e impede, no que concerne às partes, que o conteúdo das sessões de mediação seja valorado como prova em tribunal ou arbitragem (artigo 5.º, n.º 4).

Acresce que as partes, na pré-mediação, devem assinar o protocolo de mediação, no qual se vinculam ao princípio da confidencialidade [artigo 16.º, n.º 3, alínea d)]. E prescreve-se ainda que todos os intervenientes numa sessão de mediação (e.g., advogados dos mediados ou peritos) estão vinculados à confidencialidade das sessões de mediação, reforçando o carácter normativo deste princípio (artigo 18.º, n.º 3).

A confidencialidade pode, contudo, ser excluída, sempre que razões de ordem pública o justifiquem, designadamente – mas não taxativamente – sempre que esteja em causa a proteção da integridade física ou psicológica de uma pessoa (artigo 5.º, n.º 3). Por exemplo, pensemos hipoteticamente numa situação extrema em que o mediador se apercebe que certos *stakeholders* preparam atos que possam pôr em causa a ordem pública (e.g., derrame de resíduos tóxicos para uma ribeira). Neste caso, o mediador pode quebrar o vínculo de confidencialidade, de modo a que venha a ser possível a intervenção das autoridades competentes para a defesa da ordem pública ou dos interesses das pessoas (ou grupos em causa). Com efeito, no âmbito da mediação ambiental, a ordem pública poderá respeitar a questões de saúde e segurança pública dos cidadãos e do próprio meio ambiente, uma vez que, como enunciámos, os exemplos previstos no artigo 5.º são apenas ilustrativos, não impedindo que outras situações, igualmente graves, mas adaptadas a cada área em que seja relevante a mediação, possam surgir.

Podem igualmente derrogar-se a confidencialidade quando tal se verifique necessário para aplicação ou execução do acordo obtido em mediação, mas somente no que se revelar imprescindível à proteção dos interesses em causa.

Por último, anote-se que a mediação em sede administrativa surge como mecanismo que permite trabalhar conflitos entre as partes, sejam elas públicas e privadas, públicas e públicas, privadas e privadas, mas que surgem, em regra, num contexto público (e.g., uma parte atua ao abrigo de uma autorização administrativa, cujos efeitos lesam os interesses da outra parte). Nestas situações, sobretudo naquelas em que se contesta a atuação da Administração e ela intervém como mediada, as exigências de confidencialidade podem ser ajustadas, de modo a se compatibilizarem com o princípio da transparência a que aquela se encontra vinculada.

Este princípio encontra-se aliado à ideia de *accountability* da Administração, que gera um direito de controlo e acompanhamento

das atuações administrativas por parte dos seus destinatários ou dos demais interessados, em especial em áreas de intervenção, como a ambiental, que convocam interesses difusos. De facto, justifica-se que parte dos momentos de um procedimento de mediação e de facilitação e, em especial os seus resultados – o acordo de mediação a que se chegue –, sejam públicos.

Assim dita o princípio da transparência, mas também outros imperativos relacionados com a adequada afetação de recursos humanos técnicos e financeiros públicos (recursos que estarão sempre envolvidos de maneira mais direta ou indireta nos procedimentos de mediação) e com a legitimação da própria Administração²¹.

Assinale-se, pelo exposto, que o “âmbito” da confidencialidade é muito menor na mediação ambiental, que convoca a participação de autoridades administrativas, do que no domínio da mediação civil e comercial. Mas, se essa atenuação das dimensões confidenciais do procedimento de mediação pode constituir fator dissuasor para que alguns entrem em diálogo com a Administração, porque querem manter o seu processo sigiloso, ela constituirá sempre, em contrapartida, um pressuposto para que as Autoridades Administrativas entrem, de forma legítima, em processos de mediação.

3.1. As dificuldades práticas da confidencialidade

A confidencialidade prevista na Lei da Mediação terá tido em conta, de forma particular, os conflitos privados e bilaterais que envolvem duas partes com interesses antagónicos e, regra geral, bem identificados. As sessões de mediação têm a participação quase exclusiva dos mediados, sendo a intervenção de terceiros ao conflito reduzida. Desta forma, torna-se mais fácil controlar possíveis fugas de informação.

²¹ GRAAF, MARSEILLE e TOLSMA veem como engulhos, ainda que ultrapassáveis, à mediação administrativa a relação desigual entre a Administração e os Administrados, a perceção geral e abstrata do interesse público, a relevância dos interesses de terceiros, o princípio da igualdade e o medo dos precedentes, a transparência administrativa e a influência nas condições da estabilidade da atuação administrativa. Cfr. K. J. DE GRAAF, A. T. MARSEILLE e H. D. TOLSMA, “Mediation in administrative procedures: A comparative perspective”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (eds.), Heidelberg, Springer, 2014, pp. 595-600.

Pelo contrário, os conflitos ambientais podem envolver numa só situação conflitual vários sujeitos, com objetivos e posições diversas, sendo comum confrontarem-se interesses públicos e privados que geram grande interesse mediático. Acresce que, frequentemente, se colocam questões técnicas e científicas baseadas em estudos e pareceres que dificilmente são entendidas pelo cidadão comum, em razão da sua complexidade, o que pode reclamar a participação de peritos externos ao conflito²². Por último, pode acontecer que exista interesse do público em geral e dos *media* em saber os termos da condução do procedimento de mediação e os seus resultados. Tais especificidades fazem surgir dificuldades no controlo da confidencialidade e respeito pela norma legal que a consagra.

No Projeto Cova da Moura, por exemplo, a equipa de mediadores integrava uma mediadora auxiliar que serviu de elemento de continuidade. Este membro da equipa de mediadores ficou responsável por disponibilizar, semanalmente, durante todo o processo de mediação, uma tarde na Cova da Moura, a fim de ouvir os habitantes quanto às suas preocupações quer no referente ao futuro das suas casas, quer à potencial legalização, bem como quanto a outros assuntos de ordem mais pessoal. Isto permitia, adicionalmente, auscultar os habitantes e recolher todas as outras questões que poderiam ser importantes para eles, visando integrá-los na agenda e incluí-los no processo de participação. As conversas com cada um dos habitantes naturalmente tinham um cariz confidencial em relação a todos os outros, bem como quanto aos restantes *stakeholders* no processo. No entanto, todas as informações obtidas nestas conversas foram partilhadas com a equipa de mediadores.

Deste modo, na prática, a mediação ambiental poderá assumir níveis distintos de confidencialidade, dependendo do formato por que se opta ou a situação específica (e.g., fóruns abertos, painéis de peritos).

²² CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Da admissibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística...”, *cit.*, pp. 65-84.

Por exemplo, no momento de arranque de um procedimento de mediação ambiental, as *entrevistas* realizadas pelo mediador, destinadas à análise e identificação dos *stakeholders*, serão totalmente confidenciais, visto que se pretende abrir arenas protegidas de conversação e diálogo que permitam discussões muito abertas e sem receios de divulgação precipitada de informação. Já os *fóruns públicos* e *workshops* estão abertos a todos os interessados, por se tratar de um momento de participação pública, pelo que a confidencialidade não vigora, pelo menos de forma ampla, neste momento²³. Poderá, ainda, haver trâmites que sejam fechados e relativamente aos quais sejam apresentadas publicamente pelo mediador pequenas súmulas que em nada influam no conteúdo concreto que foi discutido entre as partes, mas que permitam dar alguma abertura relativamente à condução do procedimento de mediação. Com isto se ressalta a grande responsabilidade que impende sobre o mediador na identificação das fases do procedimento de mediação e na definição, em cada uma delas, do nível de confidencialidade exigido, para que se cumpra este princípio em sede de mediação ambiental.

Concluindo:

Na mediação ambiental, na medida em que cada representante tem de partilhar com o seu grupo conteúdos debatidos nas várias sessões levadas a cabo, estaremos sempre perante uma confidencialidade alargada, que deve ser muito bem definida, de modo a evitar violações deste princípio. Por outro lado, ter-se-á de definir com clareza quais os momentos ou trâmites do procedimento de mediação que são necessariamente públicos, de modo a garantir o princípio da transparência da Administração.

²³ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicabilidade prática do princípio da confidencialidade no âmbito da mediação ambiental, veja-se CÁTIA MARQUES CEBOLA, ÚRSULA CASER e LIA VASCONCELOS, “La confidencialidad en mediación ambiental. Su aplicación al Proyecto MARGov en Portugal”, *Revista La Trama*, n.º 41, 2014 maio, acessível em: http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_tapa_anterior.php?id=41).

4. A (des)igualdade em contextos de operacionalidade

O princípio da igualdade requer um tratamento idêntico dos envolvidos no processo de mediação, seja do ponto de vista jurídico ou operacional. Isto está em consonância com o Código do Procedimento Administrativo (CPA) que declara, no artigo 6.º, que a Administração Pública, nas suas relações com os particulares, “deve reger-se pelo princípio da igualdade”.

Mais, a mediação requer tratamento igual das partes no procedimento de mediação e não nos resultados (acordo) desta, dimensão procedimental que opera independentemente do seu objeto material. De facto, a Lei da Mediação em Portugal consagra, de forma explícita, o princípio da igualdade (artigo 6.º, n.º 1), devendo as partes ser tratadas equitativamente durante todo o processo de mediação. Cabe ao mediador gerir o procedimento para assegurar o garante do equilíbrio de poderes, promovendo a possibilidade de todas as partes participarem em igualdade de circunstâncias no processo.

Deste modo, o princípio da igualdade das partes na mediação pode ser analisado em quatro vetores essenciais: a) todas as partes têm direito a todas as informações relativas à mediação; b) todas as partes têm o direito de exprimir livremente os seus pontos de vista e opiniões, respeitando o princípio da colaboração; c) todas as partes têm direito a ser assessoradas por advogado; d) o mediador deve dar por concluída a mediação sempre que considere que o desequilíbrio de poder entre as partes é insuperável²⁴.

Em contexto ambiental, o fator de *power imbalance* assenta essencialmente na participação na mediação da Administração Pública, de empresas (industriais) ou de outros grupos com poder e influência. De uma forma geral, o Estado assume poderes de autoridade pública, ou seja, mune-se de *ius imperium*²⁵, a indústria tem poder económico e outros

²⁴ CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, Marcial Pons, 2013, pp. 190 e ss. Sobre o princípio da igualdade na Lei n.º 29/2013, veja-se, também, DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada*, cit., pp. 55 e ss.

²⁵ Tradicionalmente, a Administração atua segundo modelos impositivos, autoritários e unilaterais, munindo-se, nas relações com os “objetos” da sua atuação, do seu *ius imperium*, que lhe permite a mobilização de faculdades e poderes inconcebíveis no âmbito das puras

grupos sociais (e.g., sindicatos) podem, eventualmente, ter capacidade de influenciar os mediados. No entanto, assim que o Estado, órgãos administrativos ou empresas aceitam participar numa mediação consentem, consequentemente, atuar ao mesmo nível que os restantes participantes²⁶. Frequentemente, esta premissa não é totalmente interiorizada pelos seus representantes, o que implica dificuldades práticas acrescidas para o mediador. No entanto, não há forma de contornar a igualdade exigível ao mediador perante qualquer parte participante numa mediação e nenhum órgão público ou empresa deverá ter poderes ou direitos adicionais no que se refere às negociações que ocorrem durante as sessões de mediação. Talvez se justifique, para a Administração Pública, que numa futura lei para a mediação ambiental se clarifique o dever de igualdade das partes, de modo a acentuar qual o posicionamento que os representantes devem assumir em sede de mediação.

4.1. Praticar a igualdade

O envolvimento de diferentes partes na mediação ambiental, algo frequente, implica a inclusão de representantes e delegados de grupos potencialmente muito distintos. Como resultado, o contexto de complexidade resulta da existência de participantes com poderes de decisão diferenciados: um presidente de uma empresa intervém em nome da mesma, contudo, um técnico do ministério não tem, necessariamente, poderes para comprometer esta entidade do Estado (a não ser que lhe tenham sido delegados tais poderes). Esta situação cresce em complexidade quando se envolvem grupos não formalizados, como um grupo de vizinhos ou de pescadores não pertencentes a uma associação²⁷.

relações entre privados. Duas das características típicas do *ius imperium* estadual passam pelo poder de exclusão das demais fontes de poder e o poder de imposição coerciva das suas determinações.

²⁶ Sobre a vertente contratual em que se desenvolve a mediação administrativa, veja-se, entre outros, GERARDO CARBALLO MARTÍNEZ, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 105 e ss.

²⁷ LIA VASCONCELOS, ÚRSULA CASER, MARIA JOÃO RAMOS PEREIRA, GRAÇA GONÇALVES e RITA SÁ, “MARGov – Building Social Sustainability”, *Journal of Coastal Conservation*, Vol. 16, n.º 4, 2012, pp. 523-530.

Um outro grau de complexidade prende-se com as características pessoais dos envolvidos, como seja a força ou fraqueza que uma parte tem e/ou mostra durante o processo: uma pessoa considerada fraca em questões de poder real pode conseguir um “poder” substancial sobre o processo se conseguir, por exemplo, convencer todos os intervenientes (ou alguns e/ou os mediadores) de que é uma vítima ou que está numa situação difícil e, como tal, necessita de atenção especial.

Face ao exposto, é claro que não há receitas infalíveis para construir a igualdade e que cada caso é um caso. Resta-nos assumir que se trata de uma questão central e que exige aplicar e usar a metodologia mais adequada no momento apropriado. Nomeadamente, é importante que o mediador assegure uma gestão de tempo firme e equilibrada e que garanta, simultaneamente, o mesmo tempo de antena a cada parte em mediação; ou que selecione elementos metodológicos que respondam às desigualdades, capacitando os “mais fracos”, tornando mais visíveis as suas preocupações aos mais dominantes, acentuando que a mediação é uma arena democrática em que todos têm os mesmos direitos²⁸.

É, pois, imprescindível que se transversalize o processo, tornando-o equitativo e assegurando, deste modo, o mesmo nível de intervenção a todas as partes. Exigências legais e práticas requerem, portanto, especificidades à atuação do mediador ambiental.

Concluindo:

Em relação ao princípio da igualdade, justifica-se que uma futura lei de regulamentação da mediação ambiental concretize também para a Administração Pública o dever de igualdade das partes, de modo a acentuar qual o posicionamento que os representantes desta devem assumir em sede de mediação, designadamente pela previsão de elementos metodológicos que atendam às desigualdades das partes.

²⁸ JACQUES FAGET, *Médiations: les ateliers silencieux de la démocratie*, ERES, 2015.

5. As exigências legais e práticas da imparcialidade (do mediador)

O princípio da imparcialidade exige que o mediador assuma e demonstre, em cada momento da mediação e durante todo o processo de resolução do conflito, uma postura isenta (vulgo neutra) e equidistante face a todos os interesses em jogo²⁹.

De acordo com o artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 29/2013, o “mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação”. O legislador português regula, assim, de forma autónoma a imparcialidade, sendo reafirmada como dever do mediador no artigo 26.º, alínea f), ao prescrever-se para este a obrigação de “[r]evelar aos intervenientes no procedimento [de mediação] qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias”.

O artigo 27.º, n.º 4 da Lei n.º 29/2013 exemplifica como causas suscetíveis de ameaçar a imparcialidade e a independência do mediador a existência de uma relação familiar, pessoal ou profissional com uma das partes e, bem assim, a presença de um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação³⁰.

Obviamente, os mediados devem ter conhecimento destas circunstâncias, que devem ser reveladas logo de início³¹ ou já no decurso do procedimento de mediação (assim que delas tenha conhecimento). Caso

²⁹ Neste âmbito, assim como quanto à independência do mediador, é usual mencionarem-se também os conceitos de neutralidade e isenção que a Lei portuguesa não acolhe expressamente. Para explicações mais detalhadas em relação à distinção dos referidos conceitos, por forma a melhor se perceber a sua aplicação prática em sede de mediação ambiental, ver CÁTIA MARQUES CEBOLA, DULCE LOPES, LIA VASCONCELOS e ÚRSULA CASER, *Mediação Ambiental — Da lei à prática, cit.*, pp. 106-107.

³⁰ A lei expressamente eliminou o impedimento – previsto anteriormente no âmbito dos Julgados de Paz – da intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação, por entender que ele não colocava em causa a imparcialidade do mediador.

³¹ O artigo 17.º, n.º 2 antecipa o mais possível o dever de revelação do mediador. Este, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, de modo a que as partes possam decidir, com pleno conhecimento, se mantêm ou não aquela escolha ou nomeação.

essas circunstâncias sejam descobertas mais tarde e não sejam reveladas, pode gerar-se uma situação de responsabilidade do mediador por violação de deveres éticos e legais. No entanto, não determinam o afastamento automático do mediador. Com efeito, as partes, perante a revelação do facto que liga o mediador a um (ou mais) mediados, poderão considerar que o mesmo não interfere com a sua atuação profissional, aceitando de forma esclarecida a continuação da participação do mediador. Se, pelo contrário, o mediador considerar que a sua imparcialidade ou independência pode, ainda assim, ser afetada, deve pedir escusa nos termos do artigo 27.º da Lei n.º 29/2013.

5.1. O que exige a imparcialidade na prática em contexto ambiental

Tendo em consideração as exigências legais acima descritas, relativas ao princípio da imparcialidade, podemos retirar delas – e a título exemplificativo – as seguintes indicações para a prática da mediação (em geral e, em particular, ambiental):

- a) O mediador *não deve tomar a parte de um ou mais dos mediados*, nomeadamente, não se deve deixar guiar por simpatias a favor de um ou outro mediado;
- b) O mediador *tem de ter sempre uma intervenção equidistante e procurar que prevaleça o protagonismo das partes, sem favorecer uma ou outra agenda destas*.

A exigência é dupla. Por um lado e ao nível pessoal, basta que um dos mediados lembre ao mediador um familiar ou outra pessoa conhecida para que o mediador quase automaticamente possa sentir simpatias ou antipatias por este mediado, sentindo afetada a sua imparcialidade. Por outro lado, a orientação profissional de base (jurídica, psicológica, sociológica, económica, etc.) ou a defesa de certos valores (e.g., conservadorismo *versus* liberalismo) podem interferir com uma intervenção equidistante.

Neste sentido, o mediador tem de assegurar que os interesses e necessidades de cada parte sejam respeitados, o que, face à participação de diferentes *stakeholders*, exige do mediador ambiental metodologias específicas.

O legislador também reconheceu isso quando definiu implicitamente a imparcialidade como atitude e, ao mesmo tempo, como tarefa e obrigação jurídica do mediador, sujeita, portanto, à responsabilidade deste.

Concluindo:

No que tange à imparcialidade, o mediador tem de equilibrar as hierarquias e as desigualdades de poder dos mediados e zelar para que os interesses e necessidades de cada parte sejam respeitados, ainda que possa ter de apoiar ativamente uma delas para a colocar ao mesmo nível de comunicação, o que exige a aceitação, ainda que implícita, de tais *démarches* por parte das entidades públicas participantes.

6. Dimensões legais e práticas da independência do mediador ambiental

Este princípio refere-se à exigência de o mediador se pautar por atuar livre de pressões e liberto da submissão a hierarquias durante o processo de mediação. No entanto, em mediação ambiental também se fala de “independência” e “autonomia” enquanto conceitos relacionados com a intervenção das partes.

O princípio da independência encontra consagração legal expressa no artigo 7.º da Lei n.º 29/2013, prescrevendo o legislador que o mediador “deve pautar a sua conduta [...] livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas” (n.º 2) e “não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas” (n.º 3). O legislador português regula, assim, de forma autónoma, também o princípio da independência.

Dos termos legais decorre que o princípio da independência constituirá para o mediador simultaneamente um dever e um direito. Com efeito, a lei exige, no artigo 7.º, n.º 2 que o mediador atue desligado de qualquer conexão ou interesse em relação às partes ou ao resultado da mediação. Consequentemente, o “mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência,

imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa”, constituindo, desta forma, uma obrigação a que está obrigado (artigo 27.º, n.º 3).

Por outro lado, o mediador, enquanto profissional, tem o direito de exigir poder exercer a sua atividade livre de quaisquer vínculos de subordinação, sejam eles de natureza técnica (e.g., vinculação a determinado modelo de mediação) ou de natureza contratual (e.g., obtenção de acordos específicos), exceção feita, naturalmente, aos deveres éticos e deontológicos que têm de estar subjacentes ao exercício da sua atividade. Neste sentido, consagra-se expressamente que o mediador tem o direito de exercer com autonomia a mediação [artigo 25.º, alínea a)], nomeadamente (indicamos nós) no que respeita à metodologia e aos procedimentos a adotar nas sessões de mediação.

As exigências de independência são ainda visíveis noutros aspetos. Com efeito, será a salvaguarda da independência do mediador que justifica a proibição de o mediador atuar como advogado ou consultor científico de uma das partes ou de ser prestador de apoio psicoterapêutico. Tudo isto poderia influenciar a prestação independente do mediador.

6.1. Corolários práticos

A independência constitui um dos princípios legais e éticos da mediação que se refere exclusivamente ao mediador, na medida em que os mediados, naturalmente e com toda a legitimidade, defendem os seus próprios interesses.

Com a aceitação da resolução de um conflito por mediação, os mediados depositam no mediador uma confiança especial, ou seja, confiam na sua independência. Quer isto dizer que as partes acreditam que o mediador não é afetado, nem pessoalmente, nem profissionalmente, nem financeiramente, pelo conflito e que não tem interesses próprios em jogo quanto ao conteúdo nem quanto à solução a dar ao litígio.

A independência pode assumir, em geral, muitas formas e perspetivas, no entanto, em sede de mediações ambientais com multipartes, há duas

componentes essenciais da independência: a independência do mediador face “às pessoas” (sejam elas mediados, advogados, acompanhantes, peritos ou pessoas de círculos mais alargados em volta dos próprios envolvidos no processo, como, e.g., partidos políticos, acionistas de empresas, grupos de cidadãos, etc.) e a independência do mediador “no processo” ou no exercício das suas funções.

a) A independência do mediador face às pessoas

O mediador tem de ser independente, em termos pessoais, em relação a todas as partes envolvidas, ou seja, não deve ter laços familiares ou de amizade nem estar vinculado em qualquer dimensão às partes em mediação. Para além disso, o mediador tem de ser independente em termos profissionais, significando isso que tem de saber despir-se da sua profissão de base (e.g., advogado, psicólogo, geógrafo) e das respetivas atitudes. Na intervenção em mediação devem ser implementadas metodologias específicas, diferentes das da profissão original. O mediador tem, ainda, de ser independente, em termos financeiros, de todas as partes envolvidas. Assim, caso uma das partes assuma o financiamento do processo (o que ocorre muitas vezes em mediação ambiental porque o próprio governo ou município surgem como “cliente” financiador), o mediador deve ter capacidade de desenhar e facilitar a mediação de maneira equidistante e neutral para com todos os intervenientes.

b) A independência do mediador no processo

No âmbito do processo o mediador deve zelar por assumir sempre decisões processuais neutras e independentes, pelo que não deve manifestar-se nem posicionar-se a favor de uma parte ou possível solução que advenha de opiniões ou conhecimentos próprios. Para além disso, o mediador não pode cumprir ordens ou instruções de quaisquer entidades públicas ou privadas.

Ao fazer-se o lançamento do projeto MARGov à população de Sesimbra, nas Conversas na Capela, ocorridas em julho de 2009, e antes mesmo de se iniciarem os Fóruns Abertos Participativos que o projeto integrava, uma das perguntas mais frequentes era “Quem paga à equipa?”. Para os presentes, a resposta a esta questão indiciava o grau de independência da equipa do projeto e ditava a medida da sua credibilidade para que pudessem decidir se e em que termos participariam.

É de referir que a independência do mediador deve ser assegurada desde o início e durante todo o processo de mediação. Para este efeito, existem três vias possíveis:

- i) por meio do procedimento de seleção do mediador pelas partes (que deve ser transparente e participado por todos os mediados, ainda que a escolha final possa vir a pertencer apenas a um deles);
- ii) pelo próprio mediador, sendo indispensável que este reforce nas partes a sua confiança na gestão independente do processo, bem como que revele à partida todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção;
- iii) pela constituição de equipas de mediadores que – através da sua composição – reforcem a independência de toda a equipa³².

Concluindo:

Não existem fórmulas “mágicas” para assegurar a independência, pois cada caso é um caso e cada mediador um mediador na sua específica situação e relação com os mediados. No entanto, a empatia com entidades próximas, bem como o distanciamento profissionalmente gerido, faz a diferença em contextos muito diversificados, permitindo facilitar o diálogo e a compreensão mútua, bem como construir confiança entre as partes na atuação independente do mediador.

³² Apesar de não existirem soluções infalíveis, pode ser suficiente que a equipa seja visivelmente diversificada (cor da pele, fisionomia, sotaque, etc.), de modo a que todos os *stakeholders* (e.g., de diferentes culturas ou grupos étnicos) se sintam representados ou que

7. O mediador ambiental – requisitos de competência

O artigo 8.º, n.º 1 da Lei da Mediação prescreve que “[...] o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24.º”.

Até esta Lei, a formação e as competências exigidas ao exercício da função de mediador para os sistemas públicos – especializados ou serviços de mediação dos Julgados de Paz – estavam sujeitas a condições legais por forma a garantir a competência do mediador para o correto exercício da sua função, nomeadamente exigindo requisitos legais de acesso à atividade, que envolvia a existência de concurso público³³. A mediação privada, por sua vez, não estava sujeita a quaisquer requisitos legais.

A Lei da Mediação vem introduzir o princípio da competência, que se aplica a todos os que pretendam desempenhar a função de mediador, apontando para que estes detenham aptidões e capacidades específicas para a atividade.

Em contexto público de mediação, esta competência é assegurada pela exigência de um curso especializado para acesso a cada sistema (laboral, familiar, penal ou Julgados de Paz)³⁴. Contudo, para a mediação privada, a lei apenas estabelece que o mediador de conflitos “pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas”, ministradas

se incluam mediadores diferenciados para intervenções diversas, de forma a que certos grupos se abram mais e se sintam reconhecidos (profissão de origem do mediador, género, idade ou grupo cultural).

³³ Quanto ao reconhecimento dos cursos de formação de mediadores de conflitos para prestar funções no âmbito da mediação pública, veja-se a agora revogada Portaria n.º 237/2010, de 29 de abril.

³⁴ No âmbito do sistema de mediação familiar (SMF) e do sistema de mediação dos Julgados de Paz foi eliminado o acesso por concurso público. Assim, com o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 19 de novembro, que passou a regulamentar a atividade do sistema de mediação familiar e com a Portaria n.º 283/2018, de 19 de outubro, que aprovou o regulamento dos procedimentos de seleção de mediadores de conflitos habilitados a prestar serviços de mediação nos julgados de paz, passou a existir apenas um procedimento de seleção para verificação dos requisitos legais, desaparecendo nestes âmbitos o anterior concurso público.

por entidades certificadas (artigo 24.º, n.º 1)³⁵. Com efeito, a frequência e conclusão de um curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça apenas dá acesso à lista de mediadores por este organizado, requisito necessário para que o acordo tenha força executiva nos termos do artigo 9.º da Lei da Mediação. Deste modo, considera-se que o legislador português poderia ter sido mais exigente na garantia da qualidade e da competência dos mediadores privados em Portugal, definindo de forma obrigatória a exigência de formação base.

No que concerne à formação em mediação ambiental, desejável para quem lida com litígios em ambiente, esta visa capacitar os formandos, apetrechando-os com ferramentas específicas de resolução de conflitos e construção colaborativa de consensos em contextos multipartes. Deste modo, é importante formar o facilitador/mediador, tendo em conta o seu estilo pessoal, para o desenvolvimento de estratégias adequadas que respondam a situações difíceis e de conflito, fomentando a aquisição de novas competências, designadamente de negociação e de comunicação no contexto ético/deontológico³⁶.

Um dos aspetos fundamentais dos conflitos em contextos ambientais, como referimos em cima, é o de envolver simultaneamente multipartes. Isto implica que o mediador, para atuar neste âmbito, deve possuir (para além das aptidões usualmente requeridas, nomeadamente comunicação eficaz e adequada, empatia, assertividade ou domínio de metodologias específicas) competências necessárias para assegurar um processo de resolução de conflitos ambientais e territoriais e a capacidade para se adequar a contextos complexos e com multipartes que nesta, como

³⁵ No que concerne à certificação das entidades formadoras, a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, definiu-a como o reconhecimento da Direção-Geral de Política de Justiça de que certa entidade detém as competências, meios e recursos adequados para prestar atividades de formação a mediadores de conflitos. Isto é, não se estabelecem requisitos quanto ao conteúdo da formação, mas apenas às qualidades da entidade formadora (ainda que aquele seja, previsivelmente, um dos elementos avaliados pelo Ministério da Justiça). Cfr. CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *cit.*, p. 60.

³⁶ ÚRSULA CASER e LIA VASCONCELOS, “A Mediação Socio-Ambiental um campo de Intervenção por Excelência para Geógrafos”, *GOT – Journal for Geography and Spatial Planning*, n.º 2, Lisboa, 2012, pp. 75-96.

noutras matérias (e.g., a laboral, a de heranças e a de insolvência), são muito frequentes. A complexidade da dinâmica entre as partes em mediação ambiental é frequentemente complexa e “multivetorial”. Deste modo, a mediação ambiental exige, portanto, que o mediador domine determinadas competências específicas, designadamente:

i) Conhecimentos relativos ao objeto do conflito

O domínio mínimo do tema e da terminologia dos tópicos em discussão por parte do mediador é imprescindível. Isto permitir-lhe-á apoiar as partes na discussão do conflito, em concreto quanto à formulação de perguntas e compreensão dos interesses em jogo. O mediador deve possuir um conhecimento (básico mínimo) dos tópicos em discussão, sem que tenha ou mesmo deva ser especialista no assunto.

Pensemos num conflito ambiental que envolva questões técnicas relativas a um processo de descontaminação de um rio e repovoamento de espécies piscícolas, sendo que o mediador não se sente familiarizado sobre as características ou até qualificações de peixes. Será difícil ajudar as partes na construção da solução do conflito se o mediador não alcança entender verdadeiramente as implicações das pretensões dos mediados. Por outro lado, as partes podem sentir-se inseguras em relação a um mediador que não entende do que falam e o próprio mediador pode sentir-se inibido para realizar algumas perguntas por receio de que sejam impertinentes.

ii) Competência para o desenho e execução do processo – interativo e flexível – no decorrer da mediação

Dada a complexidade de cada situação (que pode ir desde contextos sem conflitos manifestos a âmbitos abertos e intensamente conflituosos), o desenho do processo requer tempo e capacidade de adaptação. A mediação pode iniciar-se com uma metodologia adaptada ao caso tal como é inicialmente apresentado, mas ao longo do tempo passar por várias fases, tendo de se adaptar às dinâmicas evolutivas.

iii) Competência para constituir a equipa de mediadores adequada a cada processo

Dado que, em mediação ambiental, cada processo exige intervenções múltiplas e diversificadas, a sua implementação clama por uma equipa multidisciplinar que possa atuar nas suas diversas vertentes, ou seja, uma equipa de mediadores com profissões de base diferentes.

iv) Trabalho consciente com (e contra) os *media* (tradicionais/sociais)

Para responder a projetos com uma intensa cobertura mediática, é requerido ao mediador ambiental competências para o desenvolvimento de um plano de comunicação especializado, que funcione ao longo do processo, e que assegure interligações de comunicação entre os resultados (parciais por fases) e as atividades de divulgação e comunicação. Isto visa compensar o facto de a generalidade das sessões de mediação (exceto as que sejam abertas ao público) não permitir a cobertura jornalística uma vez que condicionaria o trabalho dos envolvidos, que não se sentiriam confortáveis com a possibilidade de as suas opiniões, expressas em contexto restrito, se tornarem públicas.

Concluindo:

O manancial de metodologias que pode ser usado em mediação ambiental é vasto e diferenciado e adiciona uma “caixa de ferramentas” considerável às metodologias utilizadas nas mediações bilaterais. Portanto, o mediador ambiental ganhará em ter uma formação específica adicional de técnicas e metodologias de participação pública ativa e mediações multipartes para além da formação base em mediação.

8. A responsabilidade do mediador: do quadro legal ao contexto ambiental

A responsabilidade dos mediadores pelo cumprimento dos deveres legais, deontológicos e contratuais resultantes da atividade de mediação é

uma peça essencial da Lei n.º 29/2013, que visa contribuir para a definitiva afirmação deste mecanismo de resolução de litígios.

Não são comuns, ou pelo menos conhecidas, queixas ou reclamações contra mediadores³⁷, o que não significa que a sua atuação seja insuscetível de toda e qualquer crítica ou irrepreensível³⁸. A própria confiança que importa criar na sociedade em geral como fator de promoção do recurso à mediação torna essencial a consagração de um regime de responsabilidade dos mediadores no âmbito da sua atividade profissional, reforçando-se a dignidade da mediação na panóplia dos mecanismos extrajudiciais³⁹.

A responsabilidade dos mediadores pode decorrer quer da violação de deveres legais e deontológicos, quer mesmo do próprio contrato de prestação de serviços⁴⁰ que vincula o mediador para com as partes e vice-versa⁴¹.

³⁷ A inexistência de registos desta natureza em Portugal faz subsumir que o número de queixas contra mediadores de conflitos não seja elevado. Dando conta desta realidade nos primórdios da implementação da mediação, veja-se, quanto aos EUA, JAY FOLBERG e ALISON TAYLOR, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, 1.ª ed., Jossey-Bass, 1984, p. 280; e, relativamente ao Reino Unido, HENRY BROWN e ARTHUR MARRIOTT, *ADR: Principles and Practices*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, 1999, p. 531.

³⁸ Veja-se a situação concreta em que uma mediadora, antes da vigência da Lei da Mediação, foi condenada por um crime de burla, relatada e analisada por DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, “A Lei da Mediação e um Caso Concreto: a Realidade e as Regras – Considerações a Propósito da Mediação num Conflito Amoroso”, *Cadernos do CENoR – Centro de Estudos Notariais e Registas*, n.º 3, 2015, pp. 235-289.

³⁹ CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, cit., pp. 245-252.

⁴⁰ Um contrato de prestação de serviços com o mediador traduzir-se-á no acordo entre este e as partes, no sentido de disponibilizar as suas técnicas e ferramentas na promoção do diálogo, com vista à solução do conflito dos mediados, recebendo uma remuneração pelo serviço prestado. Juridicamente, o mediador apenas se poderá vincular a uma obrigação de meios (tudo fazer para ajudar os mediados na resolução do seu conflito), mas não de resultado (entendida neste contexto como a obtenção de um acordo final de mediação em que participe). Tendo em conta o regime português, é de pressupor que o contrato de prestação de serviços com o mediador se subsuma, na maior parte das vezes, ao protocolo de mediação assinado pelas partes e pelo mediador, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 29/2013. Sobre o contrato de prestação de serviços na mediação, veja-se, entre outros, DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada*, cit., pp.128-131 e CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, cit., pp. 121-124.

⁴¹ A este respeito, FOLBERG e TAYLOR falam de responsabilidade contratual (*contract liability*) e responsabilidade profissional (*malpractice liability*). Cfr. JAY FOLBERG e ALISON TAYLOR, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, cit., p. 281.

Um funcionário público passou a ser mediador (ambiental) e, por isso, deixa a função pública e lança-se no mercado privado da mediação. É contratado por uma determinada instituição para intervir num determinado conflito ambiental, constitui uma equipa e faz a análise de *stakeholders* para o caso. Nestes contactos iniciais, o mediador reconhece uma das partes (A) como o seu antigo chefe e, temendo que esta circunstância fosse considerada pelos outros *stakeholders* (B) como um fator suscetível de colocar em causa a sua imparcialidade, obrigando-o a abandonar a mediação, decide não deixar transparecer este facto. Numa fase avançada do processo, quando se tentavam consensualizar soluções mutuamente aceitáveis, o *stakeholder* A não pôde estar presente e faz-se representar por C. Este finalmente reconhece o mediador como antigo colega de trabalho e dá conta desse facto aos presentes. O mediado B, ao ser confrontado com esta novidade, resolve abandonar a mediação por não ter confiança no mediador, fazendo com que todos os *stakeholders* envolvidos desperdicem o tempo e montantes despendidos com o processo de mediação e deslocações.

Atendendo ao regime em vigor no ordenamento jurídico português, em concreto após a Lei n.º 29/2013, esta situação pode gerar:

- 1 – Por um lado, a *responsabilidade civil do mediador*, prevista no artigo 8.º, n.º 2, que remete para os termos gerais do direito, o que implica, de acordo com o artigo 483.º do Código Civil, a verificação cumulativa de cinco requisitos – facto (não divulgação da sua relação com uma das partes), [ilicitude (violação do artigo 26.º, f) da Lei n.º 29/2013)], culpa (por dolo ou negligência), dano (perda de tempo) e nexo de causalidade (entre o facto ilícito praticado pelo mediador e os danos das partes);
- 2 – E, por outro lado, a *responsabilidade profissional por más práticas do mediador*, da qual decorrem consequências de natureza disciplinar, como sejam a repreensão ou suspensão do exercício da sua atividade⁴². Nesta sede, e relativamente aos mediadores

⁴² São ainda cogitáveis situações de responsabilidade penal quando, por exemplo e nos termos do artigo 44.º da Lei n.º 29/2013, “o mediador viole o dever de confidencialidade

privados — nos quais se incluem os mediadores ambientais, uma vez que até ao momento não existe qualquer serviço público de mediação ambiental —, o artigo 7.º, n.º 2 da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, estabelece que o “incumprimento de quaisquer deveres ou a violação de quaisquer proibições inerentes ao exercício da função de mediador de conflitos pode implicar a exclusão da lista” de mediadores regulada neste documento legal. Cabe ao Diretor-Geral da DGPJ a decisão de exclusão de um mediador privado da referida lista, “devendo a sanção ser aplicada com respeito pelo grau de culpa do agente e de harmonia com os princípios da adequação e da proporcionalidade”, segundo o que prescreve o artigo 7.º, n.º 3, da mesma Portaria.

Concluindo, em contexto ambiental o regime da responsabilidade dos mediadores não apresenta especificidades maiores, subsumindo-se aos parâmetros indicados, ainda que quanto ao regime de responsabilidade profissional não fiquem claras quais as consequências para os mediadores que não integram as listas de mediadores privados nos termos da Portaria n.º 344/2013.

9. A executoriedade em mediação ambiental: dificuldades

Uma das formas de promoção da visibilidade da mediação passa pela extensão da eficácia dos acordos de mediação, através do reconhecimento da possibilidade da sua execução coerciva, isto é, de uma reação mais expedita no caso do seu incumprimento voluntário.

De facto, tendo as partes estabelecido no acordo de mediação um conjunto de novas obrigações e direitos, é importante aferir em que termos é que tais posições jurídicas podem ser concretizadas ou executadas em caso de incumprimento. Quanto mais fácil for esta concretização,

em termos que se subsumam ao disposto no artigo 195.º do Código Penal” ou pratique, no exercício das suas funções ou por causa delas, outros ilícitos criminais.

ainda que por via judicial, mais razões haverá para que as partes recorram à mediação, ao invés de iniciarem ou prosseguirem para a via judicial.

Neste âmbito, a Lei n.º 29/2013 estabelece duas vias em termos de conferir força executiva ao acordo de mediação⁴³: a sua executoriedade direta (artigo 9.º) e a sua homologação (artigo 14.º)⁴⁴.

No que respeita à executoriedade direta dos acordos alcançados, esta solução tende ao sucesso da mediação, porquanto permite às partes confiar no termo do litígio e na possibilidade de execução judicial do acordo obtido, no caso de ele não ser voluntariamente cumprido. Nesta linha, o artigo 9.º da Lei da Mediação promove a executoriedade dos acordos obtidos através um procedimento de mediação, sem necessidade de homologação judicial, desde que se cumpram os seguintes cinco requisitos elencados naquela norma, em concreto: a) que o litígio possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) que o acordo seja obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) que o seu conteúdo não viole a ordem pública; e e) em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça (Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro).

Relativamente à homologação, está em causa conferir ao acordo de mediação força executiva semelhante à de uma sentença. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 705.º do CPC, “são equiparados às sentenças, sob o ponto de vista da força executiva, os despachos e quaisquer outras decisões ou atos da autoridade judicial que condenem no cumprimento duma obrigação”. Assim, as partes, após a obtenção do acordo, podem recorrer a uma ação específica⁴⁵ para que o juiz do processo analise o

⁴³ Sobre esta questão, veja-se, entre outros, CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *cit.*, pp. 60-61; DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação Comentada*, *cit.*, pp. 66-72 e 110-117.

⁴⁴ Podendo ainda acrescentar-se a possibilidade de redução do acordo de mediação a escritura pública perante um notário [nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 703.º do CPC].

⁴⁵ A ação de homologação de um acordo de mediação decorre nos termos da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

acordo nos termos que a lei prescreve e o homologue. O Tribunal, na ação de homologação, vai, nos termos do artigo 14.º, n.º 3 da Lei da Mediação, verificar então: a) se o acordo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação; b) a capacidade das partes para a sua celebração; c) se respeita os princípios gerais de direito; d) se respeita a boa-fé; e) se não constitui um abuso do direito; f) e se o seu conteúdo não viola a ordem pública.

Respeitados cumulativamente todos estes requisitos, será proferida sentença de homologação do acordo de mediação, pelo que, em caso de incumprimento, a parte interessada pode recorrer diretamente ao processo executivo, solicitando a sua execução coerciva.

A mediação ambiental beneficia, pelo menos parcelarmente, dos benefícios trazidos pela executividade direta dos acordos alcançados por esta via. No entanto, tal apenas sucederá, na nossa perspetiva, se se cumprirem dois requisitos cumulativos:

- a) quando os acordos fechem um procedimento, representando a solução encontrada para um litígio, sem dependência de intervenções unilaterais posteriores de entidades administrativas que acolham o conteúdo mediado;
- b) e quando os acordos de mediação em apreço possam ser qualificados como incluídos no âmbito da mediação civil e comercial.

O primeiro requisito é essencial para que se possa falar sequer de executividade, uma vez que é necessário que em causa estejam direitos que possam ser feitos valer de forma compulsória, se necessário por via judicial. Ora, tratando-se de acordos de mediação que dependem ainda de uma intervenção administrativa posterior, dotada por vezes de alguma discricionariedade quanto ao acolhimento do conteúdo daqueles acordos, não se pode falar em executividade, uma vez que o que está em causa não é exigir o cumprimento coercivo do acordo, mas sim transformar o acordo, e.g., num plano urbanístico ou numa decisão de avaliação ambiental.

No entanto, ainda que não se possa falar, em sentido estrito, de executividade nestes casos, devem os acordos de mediação traduzir-se o mais possível naquelas decisões administrativas, por exemplo, constituindo peças a ponderar, senão mesmo a respeitar, no âmbito dos procedimentos de planeamento (podendo até configurar-se, quanto a estes, como compromissos jurídicos previamente assumidos), ou condições a inscrever no

seio das decisões dos procedimentos de avaliação de impacto ambiental (e.g., soluções de realojamento a que já se tenha chegado por via de mediação), assumindo, assim, eficácia jurídica vinculativa.

No Projeto MARGov foi acordado um número considerável de soluções, entre elas um modelo de cogestão para a área protegida. Contudo, muitas das soluções consensualizadas pelo grupo de participação ainda estão para ser vertidas no regulamento do Parque Marinho ou mesmo implementadas.

O segundo requisito a que aludimos prende-se com a própria satisfação das condições de executoriedade previstas na Lei da Mediação. Parece, de facto, que os acordos de mediação ambiental apenas poderão ser executórios nas situações em que os mesmos possam ser qualificados como relevando de matéria civil (e.g., acordos entre empresas e lesados por atividades danosas daquelas, ou mesmo acordos que envolvam entidades públicas, mas que não envolvam o exercício de poderes de autoridade por parte destas). Nas situações, que serão frequentes, em que estes acordos de mediação sejam celebrados em matéria administrativa, os seus efeitos terão de ser analisados à luz das prescrições administrativas e do aparelho judiciário que lhes é próprio e não de acordo com mecanismos pensados para os litígios civis e comerciais.

Concluindo, embora a executoriedade seja considerada como fulcral na Lei da Mediação, a sua aplicação prática fica aquém do pretendido, enquanto as especificidades da matéria ambiental não sejam devidamente consideradas e reguladas.

10. Conclusões

Os conflitos ambientais e territoriais têm-se revelado uma das áreas com maior potencial de crescimento para a mediação. Acresce que não se

vislumbra qualquer impedimento jurídico intransponível na submissão de litígios ambientais de cariz administrativo à mediação, uma vez que estes não incidem a mais das vezes sobre direitos que se considerem indisponíveis, pelo menos numa vertente material.

A nova redação do n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA vem prescrever que, em matéria administrativa, “a mediação processa-se nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações”. Contudo, não indica que adaptações serão estas e em que matérias as mesmas se revelam suficientemente fortes para implicar soluções distintas das aplicáveis à luz da Lei n.º 29/2013. A Lei da Mediação apenas determina a aplicação dos princípios gerais (nos termos do artigo 3.º) à mediação ambiental. Fica, assim, por definir, com clareza, os termos procedimentais e processuais de condução de tal mediação.

Esta dispersão das soluções legais aplicáveis não contribui para a consolidação de uma tendência forte a favor da mediação ambiental. E foi precisamente este o mote para o nosso estudo, que visou, com um cariz quase exploratório e de pendor teórico-prático, propor soluções ajustadas à mediação ambiental, mas que fossem extraídas dos princípios fundamentais que regem toda e qualquer mediação.

As conclusões a que chegámos e espelhadas no final da análise de cada princípio foram muitas e ricas, mas não sem que, a múltiplos propósitos, nos tenhamos confrontado com sérias e graves insuficiências dos dados normativos para enquadrar as exigências particulares da mediação ambiental, o que desembocou na principal conclusão a extrair-se deste estudo: é imperiosa a consagração de um regime jurídico específico para a mediação administrativa e, consequentemente, ambiental.

Gestão de emoções na mediação

MARTA RIBEIRO DE SOUSA *

Resumo: Este trabalho tenta demonstrar a importância do comportamento emocional na mediação. O tema é abordado de forma tripartida. Em primeiro lugar, da perspectiva do mediador. Se é verdade que este é imparcial, menos verdade não será que este é um ser emocional, devendo ser dono de um autoconhecimento avançado para se certificar que as suas emoções não interferem com o bom desempenho da tarefa de mediador. Em segundo lugar, da perspectiva emocional do mediado. Como é que as emoções principais são expressas, como é que o mediador as pode reconhecer e apaziguá-las ou potenciá-las? Em terceiro lugar, da perspectiva da relação entre as emoções do mediador e as emoções do mediado, vamos tentar perceber como é que o mediador pode causar um bom impacto e transmitir confiança. Também como é que o mediador pode aplicar técnicas de comunicação para manter essa confiança e desempenhar um papel competente.

Palavras-chave: *Comportamento Emocional; Mediação; Autoconhecimento; Impacto Positivo; Comunicação.*

Resume: This paper aims to show the importance of the emotional behavior in mediation. We approach the subject from three different angles. Firstly, from the emotional perspective of the mediator. If it is true that the mediator is impartial, it cannot be denied that, as all human beings, the mediator is also an emotional being that needs an advanced self-knowledge to ensure that his emotional system does not interfere with his performance as a mediator. Secondly, from the emotional perspective of the parties. How are the main emotions expressed and how can the mediators recognize, pacify or

* Licenciada em Direito pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Mestranda em Direito Forense e Arbitragem na NOVA School of Law e Mediadora certificada pela Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa em parceria com o ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. E-mail: marta.ribeiro.sousa@gmail.com.

optimize those emotions? Thirdly, we will approach the relation between the mediator's emotions and the parties' emotions and we will try to understand how the mediator can cause a good impact and communicate trust as well as apply communication techniques to maintain that trust and play a competent role as mediator.

Keywords: *Emotional Behaviour; Mediation; Self-knowledge; Good Impact; Communication.*

Introdução

As emoções são conjuntos de reações, variáveis na duração e na intensidade, que ocorrem no corpo e no cérebro, geralmente desencadeadas por um conteúdo mental¹.

Na verdade, as emoções são fenómenos comportamentais que são estudados pelos diversos campos das neurociências.

No ser humano, as emoções e a forma como as experienciamos são partes integrantes do sistema límbico. O sistema límbico é importante no controlo da emoção e do comportamento e nos mecanismos associados à motivação, sendo constituído por vários componentes que se interligam entre si: o hipotálamo, o tálamo, o hipocampo e o córtex cerebral (circunvoluções do corpo caloso e para-hipocámpica).

Estas estruturas constituem, de grosso modo, o circuito de Papez, que constitui o substrato neural da emoção e da memória. A via de Papez é constituída pela ligação Hipocampo – Corpos Mamilares (Hipotálamo) – Tálamo – Circunvolução do Corpo Caloso – Circunvolução Para-hipocámpica – Hipocampo. É esta a via que está ativa aquando de um acesso emocional elevado, por exemplo, uma alegria extrema ou um ataque de fúria.

Através do hipotálamo, que é o centro de escoamento do Sistema Nervoso Autónomo e do controlo do sistema endócrino, o sistema límbico influencia vários aspetos do comportamento e as sensações associadas às emoções (reações de medo e raiva, emoções associadas ao comportamento sexual...) e também influencia as respostas viscerais que se acompanham

¹ PRIBERAM INFORMÁTICA, disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/emo%C3%A7%C3%A3o>, consultado a 28 de maio de 2020.

dessas emoções. A estimulação de certas áreas do sistema límbico pode gerar reações de ansiedade, passividade total ou cólera²³.

É a partir deste cérebro emocional que são controladas as emoções. A reação emocional é uma reação extremamente rápida que, por vezes, impede o pensamento racional, isto é, cognitivo e criativo.

Pretende-se com este trabalho perceber de que modo é que este cérebro emocional influencia o processo de mediação.

O tema é abordado de forma tripartida. Em primeiro lugar, da perspetiva emocional do mediador. Em segundo lugar, da perspetiva emocional do mediado. Por fim, da perspetiva da relação entre as emoções do mediador e as emoções do mediado, tentando perceber de que forma o mediador pode causar um bom impacto e transmitir confiança.

1. As emoções na mediação

1.1. O mediador

Em mediação vigora o princípio da imparcialidade⁴. O princípio da imparcialidade impõe que o mediador assuma uma posição de isenção quanto aos mediados. Na prática, é um princípio que condiciona muito as mediações, uma vez que a confiança dos mediados em muito depende de um sentimento de segurança que, no momento em que for sentida qualquer parcialidade, pode ser colocado em causa.

A ideia de imparcialidade total e robótica parece-nos impossível de cumprir. Mediadores não são robots que consigam apagar todas as suas experiências e, a cada sessão de mediação, olhar para cada intervenção através de uma lente completamente nova e nunca antes utilizada. Ou seja, não nos parece que a opção de simplesmente colocar um filtro de imparcialidade e começar a mediação partir desse momento seja possível.

² RICHARD SNELL, *Clinical Neuroanatomy*, 7th Edition, Lippincott Williams and Wilkins, 2010, pp. 304-331.

³ ÂNGELO MACHADO, *Neuroanatomia Funcional*, 3.ª Edição, Atheneu Editora, 2013, pp. 261-269.

⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 47-100.

Se assim é, como conseguimos fazer cumprir este princípio? Como chegamos à imparcialidade?

A nosso ver, sendo a imparcialidade absoluta uma utopia, propomos a imparcialidade aparente.

Ora, se o mediador é um humano, reage a estímulos e tem fragilidades. Sente emoções como qualquer outro ser humano. Sente esperança, insegurança, felicidade, irritação, preocupação, alívio, tristeza, entusiasmo, medo, entre tantas outras emoções. Na verdade, durante a mediação, o mediador não se torna um ser isento de sentimentos.

Como é que se passa de uma quantidade tão vasta de emoções para a proposta de imparcialidade aparente? Em primeiro lugar, tem de existir uma aceitação da não isenção *a priori*; em segundo lugar, devemos seguir a máxima de SÓCRATES que está inscrita no Templo de Apolo em Delfos: conhece-te a ti mesmo.

Sócrates referia-se àquilo a que apelidamos de autoconhecimento. O autoconhecimento é uma arma muito forte. Como é que nos podemos conhecer? E o que é que isso pode trazer de positivo?

Respondendo à primeira questão, DANIEL GOLEMAN⁵ propõe duas atitudes:

- 1 – Autorreflexividade, isto é, “estar acompanhado por um segundo eu – um observador fantasmagórico que, não partilhando da demência do seu duplo, pode ficar observando enquanto o companheiro se debate”⁶;
- 2 – Autoconsciência, isto é, “estar consciente ao mesmo tempo do nosso estado de espírito e de nossos pensamentos sobre esse estado de espírito”⁷.

⁵ DANIEL GOLEMAN, *Inteligência Emocional: Teoria Revolucionária que Redefine o que É Ser Inteligente*, Editora Objectiva, 2011.

⁶ WILLIAM STYRON, *Darkness Visible: A Memoir of Madness*, Random House, 1990, p. 64.

⁷ JOHN D. MAYER, ALEXANDER STEVENS, “An Emerging Understanding of the Reflective (Meta) Experience of Mood”, *Journal of Research in Personality*, Vol. 28, 1994, p. 351.

Propõe a adoção de um “ego observante”⁸, que permitirá uma auto-observação e irá tornar visíveis as emoções sentidas a cada momento. De seguida, um pensamento reflexivo sobre essa tal emoção, identificando a emoção: por exemplo – o que estou a sentir é mágoa. Por último, uma consciencialização sobre essa emoção que nos permite ficar atentos e tomar uma atitude racional.

Este pensamento aplica-se igualmente ao autoconhecimento através dos gatilhos e das respostas típicas aos mesmos. Gatilhos são situações/comportamentos exteriores que geram emoções e nos podem levar a diferentes respostas, respostas essas que podem ser destrutivas ou construtivas perante um conflito. Por exemplo, numa discussão entre um pai e um filho, o filho grita com o pai porque este quer ver o seu caderno da escola. O filho não reage bem à atitude controladora do pai, por essa razão demonstra irritação, gritando. Demonstrar irritação é uma resposta destrutiva.

Se o mediador conhecer os seus gatilhos pode criar novos padrões de resposta. A resposta emocional vem a galope. Mas, se o mediador estiver consciente de que, perante certos comportamentos, tem reações adversas, pode estar alerta e criar padrões diferentes de atuação.

Com o autoconhecimento, o mediador consegue evitar “emoções surpresa”. Em princípio, já está consciente de que um certo comportamento o perturba, consegue recuar e identificar a situação que o perturba e à qual, por norma, dá uma resposta emocional destrutiva. Consciente de que, se o fizer, colocará em causa a sua imparcialidade. Cabe-lhe, agora, decidir, se aquela situação é impeditiva de manter a mediação ou se, pelo contrário, apesar daquela emoção que sentiu, consegue manter uma imparcialidade aparente que mantenha os mediados confiantes no processo de mediação.

Vejamos o exemplo:

1. Um mediador entra na sala de mediação e encontra, de um lado, um homem com um palito na boca e muito mal apresentado; do outro lado, encontra um casal jovem muito bem-parecido. O mediador, de início, simpatizou mais com o casal de jovens e justificou tal acontecimento

⁸ DANIEL GOLEMAN, *Inteligência Emocional: Teoria Revolucionária que Redefine o que É Ser Inteligente*, 2011, p. 78.

com o facto de partilhar com os mesmos a sua identidade social⁹. Ao aperceber-se disto, passou a ter em seu poder o conhecimento daquele possível viés da sua atuação e pôde voltar à sua posição de imparcialidade aparente. Durante toda a mediação, deve manter-se atento à sua atuação, de modo a certificar-se de que mantém a sua imparcialidade e fazendo, assim, o seu trabalho de forma isenta, tratando ambas as partes de maneira igual – ainda que se continuasse a identificar com o casal jovem.

Parece-nos importante que esta fragilidade do mediador seja assumida com devida avaliação em cada caso. Com isto não queremos dizer que o mediador deva indicar diretamente que, como no exemplo, se identifica mais com uma parte do que com outra. Aquilo que propomos é que o mediador, no momento da abertura da mediação, assuma que durante a sua atuação irá ser imparcial, mas que, ainda assim, se em algum momento as partes sentirem que tal imparcialidade está a ser colocada em causa, têm liberdade de o dizer.

Este reconhecimento de uma fragilidade ou de uma possível falha não nos parece colocar em causa a competência do mediador. Pelo contrário, parece-nos que leva as partes a identificarem-se com o mesmo, não sendo este apresentado como uma figura superior ou perfeita. Acreditamos que o mediador, ao incluir a possibilidade do cometer um erro durante a mediação, deixa os mediados à vontade para também o fazerem. Esta ação legítima as partes a sentirem e a comunicarem aquilo que sentem ao mediador, mesmo que isso implique um “apontar de dedo” à sua atuação.

Assim, naquilo que toca à imparcialidade do mediador, sendo este um princípio com uma importância extrema para a confiança e segurança dos mediados durante todo o processo, assumir que não somos robots em nada denigre o mediador, pelo contrário, é uma forma deste se aproximar das partes e criar confiança no processo.

Em suma, é necessário termos consciência da nossa incapacidade de imparcialidade robótica para alcançarmos a imparcialidade possível ao ser humano. Se não conseguirmos alcançar uma imparcialidade

⁹ MICHAEL A. HOGG, “Social Identity Theory” in *Understanding Peace and Conflict Through Social Identity Theory*, Contemporary Global Perspectives, Springer, 2016, pp. 3-17, disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-29869-6_1.

aparente, devemos, voluntariamente, decidir terminar aquela sessão de mediação. A imparcialidade aparente é a pedra de toque para o sucesso de uma mediação – gera a confiança dos mediados, elemento sem o qual a mediação se torna impossível.

1.2. O mediado

As emoções desenrolam-se numa certa ordem. Existe um gatilho que inicia uma experiência emocional que, depois, gera uma resposta¹⁰.

Como já referimos anteriormente, gatilhos são situações/comportamentos exteriores que geram em nós emoções e nos podem levar a diferentes respostas. Os gatilhos decorrem de um contexto: as circunstâncias correntes, o evento em si e a nossa visão do mesmo, que é influenciada por experiências passadas, história pessoal e *scripts* universais herdados sobre eventos importantes⁹.

Quanto à resposta, o ser humano tem capacidade de escolher como vai responder a um certo gatilho. Apesar de, por vezes, parecer que não tem controlo sobre as suas respostas, o ser humano tem a possibilidade de optar por respostas construtivas ou destrutivas. Quando está no pico da emoção, esta habilidade é diminuída. Apenas com aprendizagem e com atenção aos gatilhos de cada um se consegue começar a parar e pensar qual a resposta mais construtiva para alcançar os nossos objetivos, construindo novos padrões de resposta⁹.

PAUL EKMAN, um psicólogo americano que estudou a fundo as emoções, compilou num estudo¹¹ aquelas que eram as conclusões comuns dos principais cientistas que estudam emoções.

Com esse estudo, em primeiro lugar, percebeu-se que as emoções são universais e que as emoções geram expressões faciais. Em segundo lugar, percebeu-se que a ira, o medo, o nojo, a tristeza e a felicidade são emoções universais¹⁰.

¹⁰ PAUL EKMAN, *The Ekman's Atlas of Emotion*, disponível em: <http://atlasofemotions.org>, consultado a 29 de maio de 2020.

¹¹ PAUL EKMAN, "What Scientists Who Study Emotion Agree About", *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 11(1), 2016, pp. 31-34, disponível em: <https://doi.org/10.1177/1745691615596992>.

Estas emoções universais têm respostas típicas. São respostas padrão da ira: discutir, ser passivo-agressivo, insultar, gritar, usar força física, entre outras. São respostas padrão ao medo: evitar, paralisar, hesitar, gritar, entre outras. São respostas típicas ao nojo: evitar, desumanizar, vomitar, entre outras. São respostas típicas à tristeza: sentir-se envergonhado, protestar, refletir, procurar conforto, desistir, entre outras. São respostas típicas à felicidade: preservar, afirmar, procurar mais, partilhar, expressar verbalmente a emoção, entre outras¹².

Para cada uma destas emoções existem sentimentos tipicamente associados que, se forem reconhecidos, podem ajudar o mediador.

A ira reflete-se através de sentimentos como aborrecimento, frustração, exasperação, vingança ou fúria. O medo reflete-se através de sentimentos como inquietação, nervosismo, ansiedade, temor, pânico ou terror. O nojo reflete-se através de sentimentos como aversão, antipatia, desagrado, repúdio ou sentimento de inferioridade. A tristeza reflete-se através de sentimentos como desilusão, perturbação, desânimo, impotência, miséria, luto, desespero ou angústia. A felicidade reflete-se através de sentimentos como alívio, diversão, êxtase, espanto, surpresa, júbilo, compaixão, alegria, orgulho ou *schadenfreude* (prazer retirado da miséria/ infelicidade no outro)¹³.

A nosso ver, é de extrema importância este conhecimento das emoções. Só assim pode o mediador estar alerta para as emoções que estão a ser comunicadas pelos mediados.

Para analisarmos as emoções de uma outra pessoa temos de perceber como é que elas são transmitidas. Na realidade, existem três vias de transmissão de emoções – através da comunicação verbal, não-verbal e paraverbal.

Por comunicação verbal entendemos aquela que é transmitida através do conteúdo da fala.

Por comunicação não-verbal entendemos aquela que é transmitida através da postura corporal, expressões faciais e gestos.

¹² PAUL EKMAN, *The Ekman's Atlas of Emotion*, disponível em: <http://atlasofemotions.org>, consultado a 29 de maio de 2020.

¹³ JO-ANNE BACHOROWSKI, MICHAEL J. OWREN, “Vocal Expressions of Emotion” in *Handbook Of Emotions*, The Guilford Press, 3rd Edition, 2010, pp. 196-210.

Por comunicação paraverbal entendemos aquela que é transmitida através do tom de voz e ritmo da fala.

Devemos estar sempre atentos a estas três vertentes da comunicação e tomar as atitudes necessárias. Quanto à comunicação verbal em mediação, esta deve ser positivada quando carregada de carga negativa. O mediador deve evitar a construção de frases pela negativa e evitar reformulações que evidenciem a negação. Pelo contrário, deve usar uma linguagem que remeta para sensações positivas e de progresso. O mediador deve, de um modo geral, ser uma ponte entre os mediados, fazendo com que a mensagem seja recebida e compreendida. Para tal, deve ter atenção à forma como passa essa tal mensagem, não podendo deixar de ser fidedigno ao emissor, mas, ao mesmo tempo, retirando qualquer carga de ataque que possa existir na mensagem.

Aquilo que remete para sensações positivas será diferente em cada mediação. No entanto, casos típicos são a remissão para memórias do tempo anterior ao conflito, destacar daquilo que os mediados já têm em comum, o progresso já feito até àquele momento da mediação ou apenas o facto de estarem juntos naquela mediação. Quanto à comunicação não-verbal, deve o mediador utilizar técnicas como o *rapport* (que consiste na imitação sublime da comunicação não-verbal dos mediados), colocar em palavras e questionar as emoções transmitidas por esta via. Estas técnicas levam o mediado a uma consciencialização da sua comunicação não-verbal e, até, das suas emoções. Quanto à comunicação paraverbal, deve o mediador verbalizar as emoções transmitidas, atribuindo-lhes um nome.

Existem formas construtivas de resposta às respostas emotivas de outras pessoas que exponenciam ou abafam certas emoções.

Quanto à ira, o mediador deve tentar manter os níveis de ira baixos, uma vez que esta emoção como que “cega” aquele que a sente, retirando-lhe a capacidade de emitir a sua perspectiva de forma respeitosa ou a capacidade de escutar aquilo que lhe é dito. São estratégias para tal:

1. Potenciar a mudança de perspectiva em relação ao problema: “colocar os pés nos sapatos dos outros”. Para tal, o mediador pode remeter para a abertura da mediação, lembrando que aquele é um processo voluntário, lembrando as partes que estão ali com um propósito comum. Pode fazer questões que façam as partes

entender como é que a outra parte se sente. Por exemplo: “por que é que acha que a Maria se está a sentir desta maneira?” ou “se o João estivesse no lugar da Maria e ouvisse essa frase, como é que acha que se iria sentir?”;

2. Potenciar a visão da *bigger picture*: subir à galeria, através da reformulação, o mediador pode levar os mediados a ver a questão como um todo e a desfocar daquilo que está a gerar esta emoção. O mediador, para que os mediados consigam ver a *bigger picture*, pode colocar uma pergunta que remeta para o momento anterior ao início do conflito, caso tenha havido uma relação até então. Pode, também, colocar perguntas focadas no futuro, como por exemplo: “se acordassem amanhã e este assunto se encontrasse resolvido, como é que acham que se iam sentir?”;
3. Potenciar um ambiente calmo, através do tom de voz ou remetendo para a abertura da mediação, em especial, para a necessidade de o mediador conseguir escutar todos;
4. Colocar questões que impliquem um pensamento racional, permitindo ao mediado ultrapassar aquela emoção negativa – pergunta milagre, por exemplo: “se acordasse amanhã e visse este problema resolvido, como é que se iria sentir?”;
5. Tentar perceber as causas daquela ira. O mediador pode abordar diretamente o assunto, reconhecer que sentiu aquela emoção e questionar o porquê de se estar a sentir daquela maneira. Será necessário, neste processo, estar com atenção redobrada às reações da outra parte;
6. Fazer um intervalo. Muitas vezes, as partes necessitam de tempo somente para respirar fundo, para falar com os seus advogados e para ponderar as razões pelas quais estão naquela mediação.

Quanto ao medo, o mediador deve:

1. Tentar perceber se a fonte do medo tem que ver com o processo ou com o conteúdo do conflito. Se tiver que ver com o processo, o mediador deve adaptar a sua atuação de modo a tornar o ambiente daquela mediação o mais confortável possível;
2. Reafirmar a ideia da confidencialidade da mediação, de modo a que as partes se sintam confortáveis naquele processo; reafirmar

- a ideia da confidencialidade da mediação, de modo a que as partes se sintam confortáveis naquele processo;
3. Potenciar um ambiente de segurança e confiança;
 4. Perceber o que está a causar o medo, através do reconhecimento da emoção e do questionamento da sua origem. Por exemplo: “fiquei com a percepção que está desconfortável com alguma coisa. Estou correto? Será que me consegue explicar porque é que se sente dessa forma?”;
 5. Ir para sessão privada para restaurar o ambiente de confiança, reafirmando a confidencialidade especial da sessão privada;
 6. Entrega de “trabalhos de casa”, isto é, o mediador pode entregar tarefas que levem os mediados a perspetivar um futuro sem aquele problema, soluções para aquela questão, entre outras tarefas. Dando às partes uma tarefa na qual se possam focar, acabam por sentir que existe um propósito naquela mediação e coloca-as num *mindset* de criação de soluções, apaziguando a sua insegurança;
 7. Explorar as razões que levam ao medo, com perguntas abertas;
 8. Potenciar um pensamento sobre soluções, levando os mediados a um *mindset* de progresso e de futuro, fazendo-os sentir o poder que têm para a resolução daquele problema. Pensar em soluções de forma criativa e, inicialmente, sem avaliação das mesmas pode tornar-se uma tarefa conjunta dos mediados, uma vez que, solucionar a sua questão conjunta já é algo que ambos têm em comum.

Quanto ao nojo, o mediador deve:

1. Avaliar a fonte do nojo – ética, falha na imparcialidade do mediador, revolta com a situação;
2. Garantir o cumprimento do princípio da imparcialidade, ainda que meramente aparente;
3. Avaliar os problemas éticos dos mediados, ou seja, perceber quais são os valores que, para cada mediado têm um maior peso e que os leva a ficar mais perturbados quando sentem tal valor ameaçado e perceber se aquela emoção está ou não ligada à transposição de um destes limites;
4. Mostrar compaixão para com os assuntos trazidos à mesa;

5. Potenciar uma avaliação crítica dos números trazidos à mesa – uso de técnicas como a avaliação do risco (através da quantificação matemática de opções levantadas, da atribuição de uma percentagem de risco a cada variável) e teste de realidade (o mediador pode questionar o mediado, quase exaustivamente, sobre a proposta que está a trazer, de modo a que todos possam a entender e avaliar a sua viabilidade e exequibilidade a curto, médio e longo prazo).

Quanto à tristeza:

1. Perceber qual a fonte de tristeza – desilusão, angústia, luto, impotência;
2. Equilibrar o poder dos mediados (casos existem em que as partes se sentem ou com muito ou com pouco poder negocial). São diversas as razões por que tal pode acontecer, nomeadamente a existência de uma hierarquia, de um grau de parentesco ou uma questão de diferença de idade. Quando tal acontece, o mediador deve utilizar técnicas que equilibrem essa sensação de poder, adaptando-as caso a caso. Técnicas que podem resultar passam por dar a palavra àquela parte que se sente mais retraída, pedir para serem feitas sessões privadas, começando pela parte que se sente menos empoderada, abordando diretamente o assunto, de modo a perceber o porquê daquele sentimento. Quanto àquelas partes que se sentem com maior poder, o mediador pode utilizar outro tipo de técnicas, como testes de realidade sobre a perspetiva de futuro e das soluções que apresentam e colocar questões que os levem a refletir sobre como receberiam aquela proposta se estivessem do outro lado da mesa;
3. Ser empático;
4. Demonstrar compaixão;
5. Tentar que o mediado que não partilha deste sentimento demonstre respeito e, em última análise, compaixão pela emoção sentida – para tal, fazê-lo ver a perspetiva do outro, subir à galeria;
6. Avaliar a possível necessidade de um pedido de desculpas.

Quanto à felicidade:

1. Perceber a fonte da felicidade – ter cuidado com o *schadenfreude* (prazer retirado da miséria/ infelicidade no outro), potenciar sentimentos de empatia face ao outro;
2. Ter cuidado com o orgulho – procurar uma atitude humilde, colocando as coisas em perspetiva¹⁴.

Em suma, parece-nos importante um estudo aprofundado sobre as emoções, sobre a forma como estas se processam até à sua comunicação e sobre as respostas desencadeadas por elas. O estudo das emoções é uma ferramenta que leva o mediador a um maior conhecimento e controlo sobre os mediados. O facto de a comunicação das emoções ser uma linguagem universal permite ao mediador aproximar os mediados, uma vez que esta é uma forma de comunicação que todos entendem e na qual se podem encontrar semelhanças entre as partes (por exemplo, ambos os mediados estão frustrados com o facto de estarem em conflito). Apesar das emoções e de a sua comunicação serem uma linguagem universal, cabe ao mediador (que deverá ter estudado técnicas de gestão de emoções) potenciar respostas às emoções que sejam construtivas, para que a mediação seja produtiva.

1.3. A relação mediador – mediado

Tudo aquilo que uma pessoa faz tem impacto noutra. Seja ele qual for, o impacto existe sempre. Quando uma pessoa entra na sala, causa um impacto. Quando estamos sentados numa sala de espera, cada pessoa que está lá sentada connosco causa também um impacto. Se um bebé entra nessa sala de espera, causa um impacto. A forma como nos vestimos causa impacto. A forma como dizemos olá, bom dia, boa tarde ou boa noite causa impacto. Basicamente, tudo causa impacto. Importante será causar um bom impacto. Um impacto que transmita confiança e segurança. Quando um mediador entra na sala de mediação, quer isso mesmo. Quer,

¹⁴ ROGER FISHER, WILLIAM URY, BRUCE PATTON, *Getting to YES, Negotiating Without Giving In*, 2nd Edition, p. 16.

desde o momento em que tem o primeiro contacto com os mediados, causar um impacto positivo. Como? Sorrindo. Sorrindo sempre.

“Action seems to follow feeling, but really action and feeling go together; and by regulating the action, which is under the more direct control of the will, we can indirectly regulate the feeling, which is not. Thus the sovereign voluntary path to cheerfulness, if our spontaneous cheerfulness be lost, is to sit up cheerfully, to look around cheerfully, and act and speak as if cheerfulness were already there.”¹⁵

Com isto, queremos dizer que, sempre que quisermos causar um impacto positivo, devemos sorrir. O sorriso é contagiante¹⁶ e, se “ação e sentimento caminham juntos”, então começamos, desde logo, a positivar as emoções dos mediados.

Sorrir é então o primeiro passo para criar uma relação de confiança mediador – mediados. É através desta relação de segurança e confiança – e só com ela – que o mediador poderá ser bem-sucedido no seu papel.

O sorriso é o início do acolhimento. Mas o acolhimento é muito mais do que isso. Como já foi dito, queremos criar um ambiente de confiança. Para tal, devemos cumprir estas duas diretrizes:

1. Usar os nomes pelos quais os mediados querem ser tratados;
2. Fazer com que os mediados se sintam importantes.

Estas duas diretrizes, em especial a segunda, desempenham o papel de empoderar os mediados.

Quanto à primeira diretriz, todas as pessoas têm uma certa identidade. Essa identidade deve ser respeitada. O uso do nome pelo qual as pessoas se identificam gera proximidade entre elas e o mediador e faz com que as pessoas se sintam mais seguras.

¹⁵ WILLIAM JAMES, *On Vital Reserves: The Energies of Men*, The Gospel of Relaxation, Henry and Holt Company, 1911, p. 45.

¹⁶ Barbara Wild et al., “Why Are Smiles Contagious? An fMRI Study of the Interaction Between Perception of Facial Affect and Facial Movements”, *Psychiatry Research: Neuroimaging*, Vol. 123(1), 2003, pp. 17-36, disponível em: [https://doi.org/10.1016/s0925-4927\(03\)00006-4](https://doi.org/10.1016/s0925-4927(03)00006-4), consultado a 25 de maio de 2020.

Quanto à segunda diretriz, é uma regra universal que todas as pessoas procuram reconhecimento/recompensa. O ser humano tem uma necessidade intrínseca de se sentir reconhecido e valorizado¹⁷. Sabendo que na mediação é necessária a capacidade cognitiva e criativa das pessoas, o mediador tem de criar o ambiente propício à criatividade, o que passa por reconhecer e recompensar os mediados e por diminuir ao máximo o seu medo. O ser humano é muito mais sensível ao medo/perigo do que ao prazer. A reação ao medo é muito rápida – cerca de 100 milissegundos¹⁸. Esta ação rápida põe em causa a capacidade cognitiva e criativa das pessoas. A reação ao perigo é feita pela amígdala e pelo hipotálamo, ao passo que a reação à recompensa, mais lenta, é feita pelo córtex frontal posterior dorsal lateral (CFPDL)¹⁹.

Para potenciar o funcionamento do CFPDL, existem algumas substâncias que nos podem ajudar: álcool, marijuana, chocolate e nozes. No contexto da mediação, é possível potenciar o funcionamento do CFPDL colocando os mediados num ambiente em que se sintam constantemente acolhidos e importantes. Assim, deve o mediador, tendo sempre em atenção a imparcialidade, adotar uma postura em que reconheça e recompense os mediados pelo trabalho que estão a fazer. A isto chamamos o princípio do apreço²⁰.

Seguindo estas três orientações – sorrir, respeitar a identidade das pessoas e reconhecer a importância das mesmas e dos assuntos que trazem –, a conquista da confiança e o sucesso do acolhimento será mais fácil.

Para que esta confiança se mantenha ao longo do processo precisamos de um bom GPS, que mostre um caminho igual para todos os que estão

¹⁷ DANIEL CARNEGIE, *Como Fazer Amigos e Influenciar Pessoas*, Lua de Papel, 2017, pp. 117-127.

¹⁸ ANN MARIE MENTING, “The Science of Emotion: The Chill of Fear”, disponível em: <https://hms.harvard.edu/magazine/science-emotion/chill-fear>, consultado a 29 de maio de 2020.

¹⁹ JEREMY LACK, FRANÇOIS BOGACZ, “The Neurophysiology of ADR and Process Design: a New Approach to Conflict Prevention and Resolution”, disponível em: [https://www.mediate.com/mediator/attachments/28823/J.%20Lack%20&%20F.%20Bogacz%20--%20The%20Neurophysiology%20of%20ADR%20and%20Process%20Design%20\(Neuroawareness\).pdf](https://www.mediate.com/mediator/attachments/28823/J.%20Lack%20&%20F.%20Bogacz%20--%20The%20Neurophysiology%20of%20ADR%20and%20Process%20Design%20(Neuroawareness).pdf), consultado a 28 de maio de 2020.

²⁰ DANIEL CARNEGIE, *Como Fazer Amigos e Influenciar Pessoas*, Lua de Papel, 2017, p. 122.

sentados à mesa na mediação. Ao caminho apresentado nesse GPS comum podemos chamar Gestão de Expectativas.

A gestão de expectativas está intimamente ligada ao procedimento de mediação. A mediação é um processo flexível. Mas, se assim é, deve o mediador mostrar um rascunho daquilo que será o mapa a seguir, processualmente.

O artigo 16.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação), exige que do protocolo de mediação constem “as regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador” (n.º 3-f). Contudo, tal não se afigura suficiente para garantir um conhecimento das regras procedimentais e a gestão das expectativas dos mediados, que os coloque numa posição de segurança e confiança.

O “mapa” do processo deverá ser apresentado, presencialmente, pelo mediador. Isto faz-se na declaração de abertura do mediador. Nesse momento, o mediador alerta os mediados para tudo aquilo que possa vir a ser uma pedra no caminho ou buracos que possam causar furos, isto é, os momentos mais propícios a gerar medo e insegurança. Em particular, deve o mediador alertar:

1. Quanto à voluntariedade do processo para o mediador e para os mediados;
2. Quanto à imparcialidade do mediador: o mediador não irá dar opiniões ou fazer julgamentos;
3. Quanto à existência de sessões privadas: se, em algum momento, o mediador sentir a necessidade de falar com um dos mediados em privado, irá fazê-lo, dando igual oportunidade a todos os mediados para o fazerem. Se algum dos mediados sentir a necessidade de falar com o mediador em particular, essa hipótese também é uma possibilidade. Igualmente, será dada a mesma oportunidade aos restantes mediados;
4. Quanto à possibilidade de atribuição de tarefas: se o mediador assim o entender, pode entregar tarefas aos mediados para que estes as completem – em especial enquanto esperam que a sessões privadas dos outros mediados acabem;
5. Quanto à dinâmica de comunicação: o mediador deve pedir respeito mútuo entre os mediados, pedindo-lhes que não se interrompam, esperando as suas vezes para falarem;

6. Quanto à possibilidade de existência de perguntas difíceis: o mediador deve avisar os mediados que, por vezes, pode fazer perguntas mais difíceis (como, por exemplo, quando fizer um teste de realidade) e pedir-lhes que respondam com naturalidade e que não se sintam julgados, uma vez que o mediador é imparcial e está ali como facilitador da comunicação.

Será importante o mediador remeter para o momento em que fez o alerta da situação com potencial de criação de medo de cada vez que uma dessas situações aparecer na mesa da mediação.

A gestão de expectativas é um trunfo do mediador em duas medidas: evita situações de surpresa típicas e é uma ferramenta didática para mediados quanto ao processo.

O passo seguinte será saber ouvir – a escuta ativa.

A escuta ativa²¹ consiste num processo de ouvir atenta e respeitosa-mente o que está a ser dito. Trata-se de uma competência que deve ser trabalhada ao mais alto nível. Para uma escuta ativa eficiente são muitas as técnicas de comunicação que têm de ser utilizadas.

Em primeiro lugar, devemos colocar-nos cara-a-cara e manter contacto visual com quem está a falar. Vários estudos já demonstraram a correlação entre a atenção a ser prestada a uma conversa e o contacto visual estabelecido entre os intervenientes.²² Em mediação, é necessário balancear esse contacto visual com o mediado que está a falar com uma observação atenta às reações que aquilo que está a ser dito está a despoletar no(s) outro(s) mediado(s). Devemos, de igual modo, colocar de parte qualquer objeto que possa ser interpretado como barreira física à conversa – papéis, computadores, cadernos, etc.²³.

²¹ Harry Weger Jr. et al., “The Relative Effectiveness of Active Listening in Initial Interactions”, *International Journal Of Listening*, Vol. 28(1), 2014, pp. 13-31, disponível em: <https://doi.org/10.1080/10904018.2013.813234>, consultado a 28 de maio de 2020.

²² SHAN XU, SHEN ZHANG, HAIYAN GENG, “The Effect of Eye Contact is Contingent on Visual Awareness”, 2018, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5808343/>, consultado a 15 de maio de 2020, pp. 1 e 2.

²³ DIANNE SCHILLING, *10 Steps To Effective Listening*, Forbes, 2012, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/womensmedia/2012/11/09/10-steps-to-effective-listening>, consultado a 29 de agosto de 2018.

Em segundo lugar, devemos prestar atenção²⁴ àquilo que é dito. Ter atenção²⁵, ouvir, ter concentração mental, cuidado, zelo pelo que está a ser dito. É importante que a pessoa que está a falar tenha a ideia clara de que está a ser ouvida pelo mediador e, preferencialmente, pelo(s) outro(s) mediado(s). Para demonstrar essa atenção podemos recorrer a várias técnicas, que devem a todo o momento ser utilizadas²⁶.

Devemos tentar lembrar palavras-chave/frases-chave do discurso da pessoa. Porém, não devemos, enquanto ouvimos, planejar aquilo que é uma possível resposta ao que está a ser dito.

Não devemos interromper. Todavia, devemos balancear o tempo de quem está a falar com as reações da outra parte. Devemos dar igual oportunidade a ambos para falar.

Devemos esperar que a pessoa pare de falar para fazer perguntas clarificadoras²⁷: “Se percebi bem... estou certa?”; “Não entendi bem x... será que me pode voltar a explicar?”; “Quando falou de x, pareceu-me triste... estava a sentir-se assim? Porquê?”; “Porquê? Porquê? Porquê? Porquê? Porquê?”.

Devemos reformular aquilo que foi dito: através da reformulação, não só conseguimos demonstrar que estamos a ouvir com atenção aquilo que está a ser dito como conseguimos ter certeza de que estamos a entender aquilo que está a ser transmitido. É muito importante acolher as emoções durante a reformulação, dizer que a pessoa expressava a emoção x enquanto falava sobre o tema y.

Também podemos recorrer ao resumo quando ambas as partes já falaram – é uma forma de sintetizar tudo o que de mais importante foi dito que, mais uma vez, demonstra atenção e entendimento sobre a situação

²⁴ PRIBERAM INFORMÁTICA, disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/aten%C3%A7%C3%A3o>, consultado a 30 agosto 2018.

²⁵ BLANEY MCMURTRY, “Tips on Effective Communication in Mediation”, disponível em: https://www.blaney.com/sites/default/files/other/adr_tips.pdf, consultado a 29 de maio de 2020, p. 1.

²⁶ DIANNE SCHILLING, *10 Steps To Effective Listening*, Forbes, 2012, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/womensmedia/2012/11/09/10-steps-to-effective-listening>, consultado a 29 de agosto de 2018.

²⁷ BLANEY MCMURTRY, “Tips on Effective Communication in Mediation”, disponível em: https://www.blaney.com/sites/default/files/other/adr_tips.pdf, consultado a 29 de maio de 2020, p. 2.

exposta. Quer na reformulação, quer no resumo é necessário positivar a linguagem dos mediados. Ou seja, retirar a carga negativa e de conflito existente na comunicação. Uma boa reformulação ou um bom resumo passa por nomear emoções, ser breve, específico e positivo.

Devemos usar a técnica do *rapport* – o *rapport* é uma técnica que consiste em “imitar” aquele que está a falar nas suas reações não-verbais, isto é, na sua postura corporal, nas suas expressões faciais; no geral, na sua comunicação não-verbal.

Devemos ir dando um *feedback* em relação ao que está a ser dito enquanto está a ser dito, usando expressões neutras como “hum-hum” e “pois” (evitando expressões não neutras como “claro” ou “exatamente”, visto que pode induzir a outra parte a pensar que estamos a ser parciais).

Devemos prestar atenção àquilo que não é dito – às emoções. Devemos colocá-las em palavras. Isso leva a um reconhecimento das mesmas e demonstra uma verdadeira atenção e empatia por quem está a expor a sua situação. Devemos explorar essas mesmas emoções.

Por último, devemos manter uma mente aberta. Ou seja, devemos tentar ouvir o outro sem julgamentos em relação ao que está a ser dito – conhecendo os nossos gatilhos e sabendo aquilo que nos pode levar a tais julgamentos, evitando-os.

Devemos sempre deixar as pessoas acabar de falar, sem terminar as frases das mesmas – não devemos tirar conclusões. Ninguém sabe o que se passa na mente das outras pessoas, de nada vale tentar adivinhar quando as podemos ouvir até ao fim²⁸.

Resumindo, o processo de mediação deve começar com um bom acolhimento, que passa por sorrir, pela “identificabilidade” dos mediados e pelo princípio do apreço. De seguida, deve ser traçado um bom mapa do procedimento: a gestão de expectativas e, durante o procedimento, devemos aplicar várias técnicas para conseguir uma boa escuta daquilo que está a ser trazido.

Por fim, concluímos este texto na esperança de poder ter criado armas para uma boa gestão das emoções desde a preparação para mediar

²⁸ DIANNE SCHILLING, *10 Steps To Effective Listening*, Forbes, 2012, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/womensmedia/2012/11/09/10-steps-to-effective-listening>, consultado a 29 de agosto de 2018.

até ao processo de mediação em si. Como já foi dito anteriormente, o trabalho começa em nós mesmos, mediadores (ou futuros mediadores), que devemos saber gerir as nossas emoções para podermos saber gerir um processo de mediação.

XXVI Vis Moot Court
Relatório de investigação

Prefácio

ANDRÉ PEREIRA DA FONSECA

RUTE ALVES

Foi-nos pedido que, na qualidade de *coaches* da Equipa da NOVA School of Law da 26.^a edição do *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (ou, *Vis Moot*, como normalmente lhe chamamos), fizéssemos uma pequena introdução ao texto que as alunas Carolina Roque, Catarina Carreiro e Catarina Cerqueira – as nossas *Mooties* – escrevem nas próximas páginas.

A qualidade do texto que assinam é a prova do conhecimento que as referidas alunas adquiriram ao longo de quase um ano de estudo, trabalho e dedicação. Mas nem tudo ficou dito, há uma parte muito relevante que está nas entrelinhas desse texto. É dessa parte que vamos falar nesta curta nota.

O *Vis Moot* é uma das maiores competições internacionais de estudantes universitários do mundo. A 26.^a edição contou com a participação de mais de 370 equipas que – depois da apresentação de dois trabalhos escritos – se reuniram, em Viena, entre os dias 12 e 18 de abril 2019.

A experiência no *Vis Moot* inicia-se com a constituição da equipa, resultado de uma seleção criteriosa após a realização de simulações de audiências que decorrem no final do ano letivo na cadeira de *Moot Courts*. Uma vez constituída a equipa, é necessário esperar até início de outubro para receber o caso (ou “o problema”) e pôr mãos à obra. De outubro até final de janeiro do ano seguinte, data em que é apresentado o *Memorandum for Respondent*, os alunos trabalham a parte escrita, e a partir daí as apresentações orais. Antes de Viena e dos *hearings* com os Tribunais, há ainda tempo para as participações nos *pre-moots*, que funcionam como sessões de treino para as rondas finais em Viena.

Em preparação da 26.^a edição do *Vis Moot*, as nossas *Mooties* venceram vários prémios: 1.^o lugar no Pre-Moot de Madrid, 2.^o lugar no Pre-Moot

de Lisboa, com menção honrosa de “Best Oralist” para a aluna Carolina Roque, e 4.^o lugar no Pre-Moot de Belgrado. Já em Viena, finalmente no *Vis Moot*, a equipa ficou em 22.^a na classificação geral, tendo sido a primeira vez que uma universidade portuguesa passou à fase final da competição. A equipa recebeu ainda uma menção honrosa pela qualidade do *Memorandum for Respondent*. Um resultado excelente que se reflete no texto das alunas, como referimos acima.

Mas nós, enquanto *coaches*, lemos mais nas entrelinhas desse texto. Lemos também dedicação, trabalho de equipa, curiosidade, capacidade de raciocínio, rapidez de respostas e maturidade de conhecimento, tudo isto junto com uma dose de muito boa disposição e um profundo espírito de entejuda.

Consideramos que estas características são essenciais não só para um bom jurista, mas, falando da nossa experiência profissional, para um advogado que se dedique às áreas de contencioso e arbitragem. Os alunos que iniciam esta etapa nos *moots* saem definitivamente mais ricos após esta experiência, tanto a nível pessoal, como a nível profissional. A evolução é notória logo após a apresentação do primeiro trabalho escrito.

Já a nível de matérias tratadas nos casos, é importante dizer que existe um esforço grande por parte da organização do *Vis Moot* para equilibrar a vertente prática do caso com a capacidade de problematizar os conceitos de arbitragem e comércio internacional. Os casos do *Vis Moot* procuram motivar os alunos, levando-os a procurar soluções criativas sem nunca descuidar o rigor científico que é exigido a alunos de Direito.

Enquanto advogados, testemunhámos de perto a relevância das questões processuais e substantivas colocadas na 26.^a edição do *Vis Moot*.

As questões processuais eram fundamentalmente duas: qual a lei aplicável à cláusula arbitral e a admissibilidade de prova ilicitamente obtida. A primeira questão implicava discutir em que medida se poderia considerar que a lei escolhida pelas partes para regular o contrato devia ser entendida como a lei aplicável à própria convenção arbitral ou se devia ser a *lex arbitri* a considerada. As partes não discordavam quanto à existência de jurisdição do Tribunal Arbitral, contudo, a lei aplicável à cláusula arbitral determinaria a existência ou não de poderes do Tribunal Arbitral para adaptar o contrato a uma alteração de

circunstâncias. Já a segunda questão prendia-se com a possibilidade de junção de uma decisão proferida no âmbito de outro processo arbitral sujeito a confidencialidade e a possibilidade de afastamento dessa confidencialidade.

Ambas as questões têm uma pertinência muito relevante tanto em arbitragem internacional como em arbitragens de natureza doméstica, tendo possibilitado às alunas não apenas um trabalho de pesquisa de jurisprudência e doutrina bastante exaustivo, mas também a oportunidade de argumentar e contra-argumentar, uma vez que tiveram de defender posições opostas, consoante representassem o *Claimant* ou o *Respondent*. Tarefa que assumiram com a destreza que acabou por lhes ser reconhecida, como já se disse.

Finalmente, do ponto de vista substantivo, a questão fundamental incidia sobre uma alegada situação de *hardship*, uma figura que pode ser equiparada à alteração de circunstâncias do ordenamento jurídico português. Os alunos deveriam assim analisar e discutir em que medida tal situação tinha um impacto no contrato celebrado entre as partes à luz do clausulado do mesmo e também da *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (“CISG”) e, ainda, dos Princípios UNIDROIT. Também nesta vertente substantiva, a utilidade prática e pertinência das questões em discussão é notória e até premonitória. Com efeito, desde logo, o *Vis Moot* precedeu a entrada em vigor da Convenção CISG no nosso país, a qual foi aprovada pelo Conselho de Ministros, para efeitos de adesão, no dia 7 de agosto de 2020. E, por fim, para além de permitir aos alunos analisarem uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda* à luz de uma das convenções mais utilizadas no comércio internacional, preparou-os também para uma das discussões jurídicas mais atuais do nosso tempo, *in casu*, o impacto de uma situação como a pandemia Covid-19 nas relações contratuais e a sua configuração como possível *hardship*/alteração de circunstâncias.

Como nota final, resta-nos apenas referir que o *Vis Moot* é em si mesmo uma competição, mas também um feito notável de educação académica, profissional e pessoal. Os alunos têm a oportunidade de, simultaneamente, aprender a trabalhar em equipa, analisar questões complexas, escrever e debater em língua inglesa, fazer contactos, entrar em contacto com o mercado de trabalho, enriquecer os seus currículos, viajar, conhecer pessoas de todo o mundo e, ainda, fazer amigos para

o resto da vida. É, assim, importante que as nossas universidades e instituições, em particular as ligadas à arbitragem, continuem a apoiar as respetivas equipas *Vis Moot*, permitindo, assim, aos alunos usufruir de todos os benefícios desta competição.

XXIV Vis Moot Court – Relatório de investigação

CAROLINA APOLO ROQUE

CATARINA DE MEDEIROS CARREIRO

CATARINA CERQUEIRA

I. Introdução

No caso da 26.^a edição do *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* estava em causa um processo arbitral que teve a sua origem num contrato de compra e venda de sémen congelado de cavalo de corrida (doravante “Contrato”) entre duas empresas sediadas em países fictícios diferentes – Phar Lap Allevamento, a Demandante no processo, sediada no Mediterrâneo, e Black Beauty Equestrian, a Demandada, sediada na Equatoriana.

Quando a Demandante se preparava para enviar a última de três prestações, descobriu que o envio estava sujeito a uma taxa de importação de 30%, que tinha sido imposta pelo governo da Equatoriana. Acabou por pagar essa taxa, na expectativa de que o preço pago pela Demandada pela última prestação fosse, mais tarde, adaptado. Tendo esta recusado a adaptação do preço, a Demandante avançou com um processo arbitral.

II. A lei aplicável à cláusula arbitral

A primeira questão processual prendia-se com os poderes do Tribunal para adaptar o contrato perante a taxa adicional imposta pelo país onde a Demandada estava sediada.

Primeiramente, importa esclarecer que nenhuma das partes contestava a jurisdição do Tribunal para decidir a disputa, já que ambas reconheciam a existência e validade de uma cláusula arbitral, através da qual se obrigavam a resolver todas as disputas que surgissem no âmbito daquela relação contratual com recurso à arbitragem. A questão prendia-se antes com os

poderes ao dispor do Tribunal para adaptar o Contrato, caso concluísse que, de facto, havia uma alteração de circunstâncias que o justificasse. Este poder poderia resultar não só da própria cláusula arbitral e da lei aplicável à sua interpretação, mas também da *hardship clause* celebrada entre as partes¹. Nesta secção, focámo-nos somente na cláusula arbitral e na lei aplicável como fonte dos poderes do Tribunal, já que a cláusula de *hardship* era analisada na última secção.

No Contrato celebrado entre as partes, estas acordaram que a lei aplicável seria a lei do Mediterrâneo. Além disso, o Contrato incluía ainda uma cláusula arbitral, que determinava a sede arbitral em Danúbia, mas que não fazia nenhuma referência aos poderes do Tribunal para adaptar o Contrato. Assim, teríamos que partir de uma interpretação da cláusula arbitral ao abrigo da lei aplicável à mesma. No entanto, e como ademais é a regra, as partes não acordaram expressamente numa lei aplicável à cláusula arbitral². Nestas situações, caberá então ao tribunal arbitral determinar qual será a lei aplicável³.

Apesar de existirem pelo menos nove abordagens identificadas⁴, é comumente aceite que a decisão será entre a lei do contrato e a *lex arbitri*⁵, o que se justifica pela natureza dualista da cláusula arbitral: por um lado, esta representa o acordo entre as partes em resolver todas as disputas que surjam entre si através de arbitragem (natureza

¹ LISA BARBARA BEISTEINER, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, The (Perceived) Power of the Arbitrator to Revise a Contract – The Austrian Perspective” in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2014, pp. 81 e 110.

² RETO NAZZINI, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles” in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, n.º 3, 2016, pp. 681-703. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0020589316000233> (consultado a 23.05.2019).

³ KLAUS PETER BERGER, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?” in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, 2007, p. 306.

⁴ MARC BLESSING, “The Law Applicable to the Arbitration Clause”, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, n.º 9, 1999.

⁵ IAN REDFERN e MARTIN J. HUNTER, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, 2004, p. 158: “The real choice [today] – in the absence of any express or implied choice by the parties – appears to be [only] between the law of the seat and the law which governs the contract as a whole”.

contratual); por outro lado, estabelece a base processual para o futuro e eventual processo arbitral (natureza processual)⁶. Aqueles que defendem a aplicação da lei do contrato-base fazem-no por considerarem pouco razoável assumir que uma escolha expressa da lei aplicável a um contrato, no seu todo, não será extensível à cláusula arbitral, quando esta seja parte integrante daquele⁷. Ademais, a Jurisprudência tem vindo a considerar a existência de uma cláusula de escolha da lei aplicável ao contrato principal como uma indicação clara da vontade das partes de ter uma só lei a regular toda a sua relação contratual⁸. No entanto, há quem defenda a aplicação supletiva da *lex arbitri*, por ser ao abrigo desta que é feito o controlo e supervisão por parte dos tribunais judiciais⁹. Outrossim, também o artigo V, n.º 1, alínea a) da Convenção de Nova Iorque de 1958 confere mais força a este argumento ao determinar que o reconhecimento e execução de sentença arbitral pode ser recusado quando não esteja conforme a “lei do país em que for proferida a sentença”.

Quando ambas as leis potencialmente aplicáveis oferecem a mesma solução, é pouco provável que surja alguma discussão sobre o tema. No entanto, a questão da lei aplicável era determinante neste caso em particular, uma vez que, ao abrigo da lei do Contrato, o Tribunal teria os poderes necessários para adaptar o contrato a uma alteração de circunstâncias, ao passo que o mesmo não aconteceria necessariamente ao abrigo da *lex arbitri*. Isto porque a lei contratual em causa faz uma interpretação extensiva e liberal das cláusulas arbitrais, de acordo com a qual se deverá atender à intenção das partes durante as negociações. Para além disso, do ponto de vista processual, uma cláusula arbitral tradicional é considerada suficiente para garantir a um árbitro os mesmos poderes que um juiz togado teria nas mesmas condições. Por outro lado, a *lex arbitri* segue uma

⁶ JEFFREY WAINCYMER, “Procedure and Evidence in International Arbitration”, Kluwer Law International, 2012, p. 130.

⁷ KLAUS PETER BERGER, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?” in Berg, Albert Jan van den (ed) – *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, n.º 13, Kluwer Law International, 2007, pp. 301-334, p. 318.

⁸ Acórdão do *High Court of Singapore*; 17.08.2016, *BCY v. BCZ*, Processo n.º 502 of 2016, disponível em: [https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-\(for-release\)-\(08-11-2016\)-pdf.pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-(for-release)-(08-11-2016)-pdf.pdf).

⁹ *Ibid.*

regra de interpretação estrita das cláusulas contratuais, contando com fatores como as negociações entre as partes somente quando o sentido das palavras escritas seja considerado ambíguo. Processualmente, esta exige ainda que conste uma autorização expressa das partes na cláusula arbitral para que um tribunal tenha os poderes necessários para adaptar um contrato.

Assim, enquanto representantes da Demandante, pretendíamos ver a lei do Contrato como aplicável à interpretação da cláusula arbitral e, como representantes da Demandada, a *lex arbitri*. Em ambos os casos optámos por seguir o *three-stage test* estabelecido no caso *Sulamerica*¹⁰. Deste modo, e com recurso tanto aos factos do caso, como a doutrina e jurisprudência internacionais, defendemos em primeiro lugar i) a existência de um acordo expresso das partes na lei aplicável; subsidiariamente, ii) um acordo tácito; e, por fim, mesmo que o tribunal não atendesse às escolhas expressas ou implícitas das partes, iii) que essa (a lei do Contrato ou a *lex arbitri*) seria a lei com a conexão mais próxima à cláusula arbitral. Ora, ainda que se trate de uma hipótese meramente académica, ficou demonstrado o impacto que a ausência de uma escolha expressa da lei aplicável à convenção de arbitragem pode ter no desenvolvimento de um processo arbitral: neste caso em particular, seria a diferença entre a Demandante lograr ou não a adaptação do Contrato perante uma alteração das circunstâncias.

Da extensa pesquisa que fizemos resulta que a solução a esta problemática está longe de ser unânime na Jurisprudência e Doutrina internacional. Com efeito, desde o final da 26.^a Edição do *Willem C. Vis Moot* já foram proferidas pelo menos mais três decisões relevantes sobre o tema¹¹.

¹⁰ Acórdão do *England and Wales Court of Appeal* de 16.05.2012, *Sulamérica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors*, processo n.º A3/2012/0249, disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> (consultado a 14.07.2020).

¹¹ A este propósito, vide o Acórdão do *Supreme Court of Singapore* de 27.12.2019, *BNA v. BNB*, ‘*Civil Appeal* no. 159 of 2018’, disponível em <https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/bna-v-bnb-and-another-2019-sgca-84> (consultado a 14.06.2020), onde o tribunal determinou a existência de uma presunção da escolha das partes no que diz respeito à lei aplicável ao contrato, que deverá ser vista como uma escolha tácita da lei aplicável à cláusula arbitral, ainda que essa interpretação implique a invalidade daquela; no acórdão do *English and Wales Court of Appeal*; *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout*

No entanto, resulta da nossa análise que, na grande maioria das vezes, a decisão passa pelo que será a derradeira vontade das partes ao abrigo da convenção de arbitragem, *i.e.*, a resolução de todos os litígios que decorram daquela relação contratual com recurso à arbitragem¹². De facto, perante uma situação semelhante à do nosso caso, o tribunal terá de averiguar se é razoável assumir que a intenção das partes, ao celebrar uma convenção de arbitragem, foi a de remeter para uma lei que acabará por torná-la inútil¹³. Assim, uma interpretação de acordo com um princípio *pro-validation*, ao abrigo da qual o tribunal favorecerá a aplicação da lei que garanta a validade e eficácia da convenção de arbitragem¹⁴, tem sido transversal a virtualmente todas as decisões em que os tribunais se debruçaram sobre esta temática, constando nas entrelinhas das devidas fundamentações, quando não aparece explicitamente.

III. A admissibilidade de prova ilicitamente obtida

A segunda questão processual relacionava-se com a admissibilidade de uma decisão interlocutória parcial (doravante “Decisão”), proferida

Food Group (Kuwait) de 31.01.2020, disponível em: <https://www.casemine.com/judgment/uk/5e2e7a442c94e02bc45ed5a5> (consultado a 14.06.2020), o tribunal considerou que uma escolha expressa das partes da lei aplicável ao contrato deverá ser igualmente vista como uma escolha expressa da lei aplicável à cláusula arbitral, quando seja parte integrante do contrato; ainda, a decisão do acórdão do *English and Wales Court of Appeal* de 29.04.2020, *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, Processo n.º A4/2020/0068, disponível em <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/04/enka-v-chubb-judgment-290420.pdf> (consultado a 14.06.2020), onde o mesmo tribunal aplicou a presunção de que, na ausência de uma escolha expressa, as partes terão escolhido implicitamente a *lex arbitri*.

¹² Desde logo, a decisão do Caso *Sulamerica* mencionado *supra*, em que, apesar de o Tribunal de Recurso ter determinado a existência de uma presunção da escolha das partes relativamente à lei contratual, essa não poderia ser a lei aplicável no caso concreto, uma vez que invalidaria o recurso à arbitragem conforme determinado pelas partes.

¹³ CATARINA MONTEIRO PIRES e RUI DIAS, “Arbitragem Internacional e Autonomia Privada: Primeiras Reflexões” in *Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, pp. 233-253, p. 246.

¹⁴ GEORGE BERMANN, “International Arbitration and Private International Law”, *The Hague Academy of International Law*, 2017, p. 159.

no âmbito de outro processo arbitral entre a Demandada e uma parte terceira, onde também se debatia a possibilidade de o tribunal arbitral adaptar o contrato celebrado.

A Demandante pretendia juntar a referida Decisão ao presente processo arbitral, alegando que a admissão da Decisão evidenciaria o comportamento contraditório da Demandada. De facto, a Demandada estava a requerer o que vigorosamente negava na arbitragem em questão: a adaptação do contrato, devido a uma taxa de importação muito semelhante à que despoletou o litígio *in casu*. Adicionalmente, a Demandante acreditava que a Decisão teria um efeito persuasivo no Tribunal Arbitral, uma vez que o outro tribunal arbitral decidiu que tinha poderes para adaptar o contrato.

Pelo contrário, a Demandada defendia a inadmissibilidade da prova, por três razões: primeiro, porque a Decisão não era relevante, nem material para o processo, uma vez que a base factual subjacente às duas arbitragens divergia; em segundo lugar, a Decisão era confidencial; e, por último, a Decisão tinha sido ilicitamente obtida.

Assim, em primeiro lugar, cumpria apreciar a relevância e a materialidade da prova, reconhecidas como os critérios basilares para aferir a admissibilidade de um meio de prova¹⁵. Enquanto a relevância se prende com a relação entre o meio de prova e o processo, a materialidade está relacionada com a influência do meio de prova na decisão final¹⁶. Neste sentido, a discussão incidia sobre as semelhanças e diferenças entre a factualidade de cada processo arbitral, de modo a justificar ou rejeitar a junção da Decisão como prova. Para tal, a Demandante evidenciou as semelhanças e a Demandada as diferenças.

¹⁵ Cf. regras aplicáveis a este processo arbitral (artigo 22.3 do Regulamento de Arbitragem do Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong, aprovadas em 2018 Hong Kong; artigo 19, n.º 2 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional e artigo 9.º, n.º 2, alínea b) das Diretrizes da International Bar Association sobre Prova; KONSTANTIN PILKOV, “Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation” in *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308405085_Evidence_in_International_Arbitration_Criteria_for_Admission_and_Evaluation (consultado a 20.05.2019), p. 154.

¹⁶ KONSTANTIN PILKOV, “Evidence...”, 2014, pp. 148-149; JEFFREY WAINCYMER, “Procedure...”, 2012, pp. 858-859.

Em segundo lugar, importava analisar o conflito entre a confidencialidade e a transparência do processo arbitral. Neste âmbito, a Demandante defendia a necessidade de uma maior transparência no processo. Por outro lado, a Demandada argumentava no sentido de se manter a confidencialidade da Decisão, conforme o que tinha sido acordado entre as partes.

A confidencialidade é apontada como uma das principais vantagens da arbitragem em relação ao sistema judicial, permitindo evitar que a atividade comercial das partes seja prejudicada devido à existência de um processo público, evitando ainda o agravamento do litígio por comentários públicos feitos na sua pendência¹⁷.

No entanto, a relevância tipicamente atribuída à confidencialidade tem vindo a diminuir nos últimos anos, quando diversas autoridades começaram a questionar a existência de um dever implícito de confidencialidade no processo arbitral, bem como a sua conceção enquanto direito absoluto das partes¹⁸. De facto, tem vindo a assistir-se a uma preocupação crescente em tornar o processo arbitral mais transparente, de modo a promover a segurança e certeza jurídicas na aplicação do direito, contribuindo simultaneamente para o seu desenvolvimento¹⁹.

Para além destes critérios, era imprescindível abordar a questão da obtenção ilícita da Decisão.

¹⁷ EMILY HAY, “Winds of Change? Confidentiality and in International Commercial Arbitration” in *40 under 40 International Arbitration*, Editorial Dykinson, S.L., 2018, p. 212.

¹⁸ Cf. Acórdão do *High Court of Australia* de 07.04.1995, *Esso Australia Resources Ltd and Others v. The Honourable Sidney James Plowman And Others*. Disponível em: <https://jade.io/article/67885> (consultado a 10.07.2019); Acórdão do *Swedish Supreme Court* de 27.10.2000, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd, V. A.I. Trade Finance Inc*, processo n.º T 1881-99. Disponível em: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&doId=1083535&propId=1578> (consultado a 14.07.2019).

¹⁹ Atualmente, vários regulamentos de arbitragem preveem normas que promovem a transparência, como a publicação de versões editadas das decisões (e.g. HKIAC Rules, AAA Rules, ICC Rules); Cf. Daniel Schimmel et. al, “Transparency in Arbitration”. Disponível em: https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2018/transparency%20in%20arbitration_practical%20law_mar2018.ashx (consultado a 22.07.2019); GARY BORN, “International Commercial Arbitration”, 2.ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 2807 e 2822; EMILY HAY, “Winds of Change?...” 2018, p. 224.

Embora não se soubesse ao certo de que modo a Decisão tinha sido obtida, o caso revelava que tinha sido através da violação de um acordo de confidencialidade por parte de dois antigos trabalhadores da Demandada ou através de *hacking* ao sistema informático da mesma.

Em arbitragem não existem regras especificamente aplicáveis à forma como o tribunal deve reagir perante um meio de prova ilicitamente obtido. Todavia, há uma doutrina internacionalmente reconhecida que tem vindo a ser adotada pelos tribunais, conhecida como *clean hands doctrine*²⁰. De acordo com esta doutrina, se a parte que pretende juntar o meio de prova ilicitamente obtido contribuiu de alguma forma para essa ilicitude, o tribunal não deverá admitir tal meio de prova. Por outro lado, se a parte não esteve envolvida em qualquer ação ilícita, o tribunal tenderá a considerar a prova admissível.

Para além desta doutrina, importava apreciar a jurisprudência nesta matéria.

O caso *ConocoPhillips v. Venezuela* é especialmente relevante para a posição da Demandante. Neste caso, perante um meio de prova obtido através de *hacking*, um dos árbitros defendeu que o tribunal estaria a proferir uma decisão errónea, desfasada da realidade, que “arriscaria pôr em causa a credibilidade e a integridade do tribunal”, caso considerasse o meio de prova inadmissível²¹.

Por outro lado, enquanto representantes da Demandada, um dos principais casos a considerar foi o *Methanex v. USA*²². Neste caso, o tribunal

²⁰ JEFFREY WAINCYMER, “Procedure...”, 2012, p. 797; Sentença do Tribunal Arbitral constituído sob o Tratado NAFTA de 03.08.2005, *Methanex Corporation v. United States of America*, disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (consultado a 17.05.2019); sentença do ICSID, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, processo n.º ARB/06/8, disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf> (consultado a 17.05.2019).

²¹ Sentença do ICSID, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, processo n.º. ARB/07/30; GEORGES ABI-SAAB, “Dissenting Opinion (Decision On Respondent’s Request For Reconsideration)”, pp. 60-61. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3121.pdf> (consultado a 29.05.2019).

²² Sentença do Tribunal Arbitral constituído sob o Tratado NAFTA, *Methanex Corporation v. United States of America* de 03.08.2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (consultado a 17.05.2019);

arbitral determinou a inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida, sublinhando o dever de as partes agirem de boa-fé e no respeito pelos princípios da igualdade de armas e do processo equitativo. Para além destes argumentos, à Demandada cumpria alegar que, caso o Tribunal considerasse a prova admissível, estaria a encorajar métodos ilícitos de obtenção de prova, criando um precedente. Pelo contrário, os tribunais, quer arbitrais ou judiciais, têm o dever de impedir tais atividades abusivas de acontecerem²³.

Em conclusão, caso o Tribunal Arbitral considerasse a decisão interlocutória parcial admissível, estaria a conceder à Demandante a oportunidade de fazer valer os seus direitos em juízo²⁴, o que poderia evitar uma futura impugnação da sentença com base no desrespeito pelo princípio do processo equitativo (*cf.* artigo V, n.º 1, alínea b) da Convenção de Nova Iorque)²⁵. Por outro lado, caso o Tribunal determinasse a inadmissibilidade da prova, poderia evitar a impugnação da sentença com base em considerações de ordem pública, relacionadas com a natureza ilícita da sua obtenção (*cf.* artigo V, n.º 2, alínea b) da Convenção de Nova Iorque)²⁶.

IV. A adaptação do Contrato com base em *hardship*

A questão substantiva versava sobre uma eventual adaptação do preço da terceira prestação, na sequência do pagamento das taxas alfandegárias por parte da Demandante, a vendedora.

²³ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, “La Prueba Ilícita: Propuestas para Manejar los Retos que Suscita en Arbitrajes” in *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 20, Wolters Kluwer España, 2014, pp. 33-41, p. 36; Decisão do USA Supreme Court, *United States v. John P. Calandra*, 8.01.1974, n.º 72-734. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/> (consultado a 18.05.2019).

²⁴ Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958; LOUKAS MISTELIS, “Comparative International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, 2003, pp. 99-127. P. 561; KONSTANTIN PILKOV, “Evidence...”, 2014, p. 150.

²⁵ GARY BORN, “International...”, 2014, pp. 3495 e 3523.

²⁶ KONSTANTIN PILKOV, “Evidence...”, 2014, p. 154.

A Demandante alegava encontrar-se numa situação de *hardship*, uma figura que pode ser equiparada à alteração de circunstâncias do ordenamento jurídico português. A origem deste instituto remonta ao direito romano e verificamos a sua presença em diversos ordenamentos jurídicos: o francês (*imprévision*), o alemão (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) e o italiano (*eccessiva onerosità sopravvenuta*), por exemplo²⁷. Dependendo da disposição ou cláusula em questão, as partes podem pedir a resolução, revisão ou adaptação do contrato quando confrontadas com uma alteração de circunstâncias imprevisível que torna o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato extremamente oneroso, apesar de possível²⁸. Consiste, assim, numa exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*²⁹.

Importa começar por referir que as partes estabeleceram que os termos da troca seriam os de entrega com direitos pagos (*Delivered Duty Paid*, doravante “DDP”), um dos Incoterms criados pela Câmara de Comércio Internacional. De acordo com este Incoterm, o vendedor é responsável por todos os custos e riscos até que os bens sejam entregues num determinado local no país do comprador; e isto inclui o pagamento de taxas alfandegárias³⁰.

O Contrato celebrado entre as partes continha ainda uma cláusula que determinava que o vendedor não era responsável por situações de *hardship*, causadas por requisitos de saúde e segurança adicionais ou por eventos imprevisíveis comparáveis que tornassem o Contrato mais oneroso (doravante “Cláusula 12”). Perante a escolha de DDP para os termos da troca, à partida a Demandante seria responsável pelo pagamento das taxas alfandegárias. No entanto, a Cláusula 12 vinha alterar a alocação

²⁷ ALEJANDRO M. GARRO, “CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG”, CISG Advisory Council, 2007, parágrafo 26. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> (consultado a 10.05.2019).

²⁸ ALEJANDRO M. GARRO, “CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG”, 2007, parágrafo 26.

²⁹ STEFAN MICHAEL KRÖLL, “Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects” in *Studies in Transnational Economic Law*, Vol. 19, 2004, p. 458.

³⁰ International Chamber of Commerce, “Incoterms 2010”. Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/> (consultado a 17.07.2019).

de riscos definida por aqueles termos. Alguns dos riscos que estariam na esfera do vendedor passaram para a esfera do comprador.

Relevava ainda ter em conta que as partes escolheram aplicar ao Contrato a lei do Mediterrâneo, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (doravante “CISG”). A lei contratual do Mediterrâneo constituía uma adoção integral dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos de comércio internacional (doravante “Princípios UNIDROIT”).

Assim, a questão que se colocava era a de saber se a Demandante deveria receber 1,250,000 *US Dollars* – 25% do valor da terceira prestação, correspondente à perda decorrente do pagamento da taxa, excluindo o lucro – ou qualquer outra quantia resultante da adaptação do preço, de acordo com a Cláusula 12 do Contrato ou de acordo com a CISG.

Aplicando a Cláusula 12 e, subsidiariamente, a CISG, cada uma das partes no litígio devia basear os seus argumentos na resposta a duas questões centrais: se estávamos perante uma situação de *hardship* e, em caso afirmativo, se a consequência (*remedy*) era uma adaptação do preço.

Relativamente à Cláusula 12, era claro para ambas as partes que não estávamos no âmbito da sua primeira parte, referente a requisitos de saúde e segurança. Assim, para que houvesse *hardship*, à luz do Contrato, e aplicando a segunda parte, o evento em questão teria que ser (i) comparável com requisitos adicionais de saúde e de segurança, (ii) imprevisto e (iii) tornar o Contrato mais oneroso. Enquanto a Demandante tinha que demonstrar o preenchimento destes três requisitos, à Demandada bastava demonstrar a falha de um deles.

Relativamente ao requisito da comparabilidade, as partes apoiaram-se sobretudo numa análise das negociações, onde foram referidas preocupações com possíveis alterações de legislação alfandegária e imposições de restrições à importação. As posições divergiam relativamente à existência de um entendimento das partes em considerar estas circunstâncias como comparáveis a requisitos de saúde e segurança.

Quanto ao segundo requisito – imprevisibilidade – era importante ter em conta que a taxa da Equatoriana foi imposta como retaliação a uma taxa de importação imposta pelo Mediterrâneo, pelo que havia que analisar a imprevisibilidade de ambas as taxas.

A Cláusula 12 requeria que o evento causador de *hardship* tornasse o Contrato “mais oneroso”; a questão central era onde traçar o limiar

de onerosidade. A Demandante pagou uma taxa de 30% sobre a última prestação, o que correspondia a 15% do valor total do Contrato. Para além da discordância sobre a suficiência destes valores, discutia-se se a situação de fragilidade financeira da Demandante devia ser tida em conta para efeitos de preenchimento deste requisito.

Relativamente à consequência prevista pela Cláusula 12, apenas se referia que o vendedor não era responsável por situações de *hardship*, o que levantou dúvidas quanto à consequência a aplicar. De facto, a possibilidade de prever adaptação foi discutida durante as negociações, mas esta não aparece expressamente prevista no Contrato. Existe margem para argumentar tanto no sentido de que as partes tinham a intenção de adaptar o Contrato em situações de *hardship*, como no sentido de que as partes optaram por excluir essa consequência. A Demandada interpretava a formulação da Cláusula 12 como permitindo o incumprimento por parte da Demandante caso os requisitos estivessem preenchidos, alegando que era essa a única consequência possível.

Como argumento subsidiário, a Demandante irá recorrer à lei do Contrato – a CISG – para defender a adaptação. Lê-se no Artigo 79.º, n.º 1, da CISG que “[u]ma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências”. A formulação desta disposição, que começa por se referir a uma “inexecução” devido a um “impedimento”, parece, à primeira vista, indicar que se aplica apenas a casos de força maior, em que o cumprimento de obrigações é impossível e não simplesmente mais oneroso. A Doutrina e a Jurisprudência divergem quanto à aplicação do Artigo 79.º também a casos de *hardship*.

O Professor PETER SCHLECHTRIEM, membro da delegação alemã presente na conferência de Viena onde a CISG foi aprovada, é um dos defensores da aplicação do Artigo 79.º a *hardship*³¹ e é esta a interpretação também adotada na Opinião do Conselho Consultivo da CISG sobre

³¹ PETER SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, 1986, p. 102, disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (consultado a 16.05.2019).

essa disposição, escrita pelo Professor ALEXANDRO M. GARRO³². O Professor SCHLECHTRIEM alerta para o risco de os tribunais declararem a existência de uma lacuna na CISG e de a preencherem recorrendo às suas leis domésticas, que terão diferentes soluções para o mesmo problema, se não considerarmos que o Artigo 79.º se aplica a *hardship*³³. Em termos de jurisprudência, a principal decisão invocada para defender esta posição foi a do *Cour de Cassation* belga no caso *Scaфом International v. Lorraine Tubes*³⁴.

Do lado da Demandada, contra a aplicação do Artigo 79.º a *hardship*, recorremos à opinião do Professor BRUNO ZELLER³⁵, entre outros autores, e aos trabalhos preparatórios da CISG, onde se discutiu uma proposta de uma disposição aplicável a estas situações, que foi rejeitada³⁶. Ao nível da Jurisprudência, baseámo-nos sobretudo no caso *Nuova Fucinati v. Fondmettal International*, do Tribunal Distrital de Monza, Itália³⁷.

No caso de o tribunal considerar que esta disposição se aplicava a *hardship*, cumpria então discutir se as partes derrogaram o Artigo 79.º ao incluir a Cláusula 12 no Contrato. O Artigo 6.º da CISG estabelece que as Partes podem derrogar as provisões da Convenção, mas não determina o que constitui uma derrogação. Enquanto a Demandante defendia que a aplicação de uma determinada disposição da CISG não se encontrava

³² ALEJANDRO M. GARRO, “CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG”, 2007, parágrafo 3.1.

³³ PETER SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1986, p. 102.

³⁴ Acórdão da *Cour de Cassation* belga de 19.06.2009, *Scaфом International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, processo n.º C.07.0289.N. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> (consultado a 10 de maio de 2019).

³⁵ BRUNO ZELLER, “Article 79 Revisited” in *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Vol. 14, 2010, p. 153.

³⁶ ALEJANDRO M. GARRO, “Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)” in *Guide to This Article – Use of the UNIDROIT Principles to help interpret CISG Article 79*, 2005, secção IV, parágrafo 11; NIKLAS LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods” in *Nordic Journal of Commercial Law*, Vol. 1, 2006, secção IV 2.2.

³⁷ Decisão do Tribunal Distrital de Monza, Itália, de 14.01.1993, *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.*, processo n.º R.G. 4267/88, disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html> (consultado a 10.05.2019).

prejudicada por existir regulação da mesma matéria no Contrato, a Demandada alegava que isto constituía uma derrogação dessa disposição.

O próximo passo era verificar se os requisitos do Artigo 79.º se encontravam preenchidos. Para além do requisito da imprevisibilidade, já discutido em sede de aplicação da Cláusula 12, a CISG requer que o evento esteja para além do controlo da parte desfavorecida, o que não era posto em causa por nenhuma das partes. Adicionalmente, deve verificar-se uma impossibilidade de prevenir ou de ultrapassar o impedimento à execução do Contrato, ou as suas consequências. Apesar de o Artigo 79.º não se reportar a um limiar de onerosidade, a Demandada alegava que devia existir um encargo desproporcionado para a parte desfavorecida.

Verificados os pressupostos, restava definir qual a consequência (*remedy*) a aplicar. Similarmente à Cláusula 12, o Artigo 79.º, n.º 1, começa por referir que “[u]ma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações”. O n.º 5 do mesmo artigo estabelece que a contraparte não terá direito a obter indemnização por perdas e danos. O problema da aplicação desta consequência ao caso concreto prendia-se com o facto de que a Demandante já tinha cumprido as suas obrigações. Esta alegava ainda que a consequência prevista no Artigo 79.º era apenas aplicável a casos de força maior e que havia uma lacuna na CISG relativamente à consequência para casos de *hardship*, que deveria ser preenchida de acordo com os seus princípios gerais.

Em último caso, a Demandante recorria aos Princípios UNIDROIT para preencher a lacuna na CISG, caso o tribunal considerasse que o Artigo 79.º não se aplicava a *hardship*. De qualquer forma, as disposições dos Princípios UNIDROIT eram aplicáveis ao Contrato enquanto lei contratual do Mediterrâneo. Assim, cumpria discutir o preenchimento dos requisitos do Artigo 6.2.2, que estabelece uma definição de *hardship*, e os efeitos consagrados no Artigo 6.2.3.

O caso estava arquitetado para que os argumentos relativos ao preenchimento dos requisitos e à consequência a aplicar a situações de *hardship* estivessem minimamente equilibrados para ambas as partes. Na aplicação da Cláusula 12, encontrávamos um confronto entre as diferentes interpretações dos factos e das negociações feitas por ambas as partes. Surgia, subsidiariamente, a aplicação do Artigo 79.º da CISG, cuja controvérsia doutrinária e jurisprudencial punha à prova a capacidade de cada uma das partes argumentar no sentido que lhe era mais conveniente.

TWENTY-SIXTH ANNUAL

Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

Vienna, April 13th – 18th April 2019

Memorandum for Claimant

On behalf of:

Phar Lap Allevamento

CLAIMANT

Rue Frankel 1, Capital City
Mediterraneo

v.

Against:

Black Beauty Equestrian

RESPONDENT

2 Seabiscuit Drive, Oceanside
Equatoriana

COUNSEL FOR CLAIMANT

CAROLINA ROQUE • CATARINA CARREIRO • CATARINA CERQUEIRA

TABLE OF CONTENTS

Table of Contents	164
Table of Abbreviations	168
Statement of Facts	170
Introduction	172
Arguments	172

ISSUE I: THE TRIBUNAL HAS JURISDICTION AND POWERS TO ADAPT THE CONTRACT

A. The Parties agreed on the law of Mediterraneo to govern the interpretation of the arbitration agreement	173
1. <i>There was an express agreement between the Parties to apply the law of Mediterraneo to the arbitration agreement</i>	173
2. <i>If the Tribunal considers that there was no express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties to have the Mediterranean law governing the interpretation of the arbitration agreement</i>	176
a. The law applicable to the arbitration agreement is the one that governs the Contract	176
b. The principle of separability does not interfere with this understanding	178
B. The scope of the arbitration agreement allows the Tribunal to adapt the Contract	178
1. <i>The intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract</i>	179
a. Under a subjective interpretation, the intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract	179
b. Under an objective interpretation, the intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract	180
2. <i>The principle of synchronized competence under the law of Mediterraneo grants the arbitrators the power to adapt the Contract</i>	181

C. If the Tribunal does not find the law of Mediterraneo to be applicable, it would still have the powers to adapt the Contract, relying on an interpretation according to general principles of contract interpretation	182
D. Even if the Tribunal finds the law of Danubia to be applicable, it still has jurisdiction and powers to adapt the Contract	183
1. <i>The CISG is applicable to the interpretation of the arbitration agreement</i>	184
2. <i>Exclusion of the Parole Evidence Rule</i>	185
Conclusion on issue I	185

ISSUE II: THE TRIBUNAL MUST ADMIT THE EVIDENCE

A. The Tribunal must admit the Evidence in order to guarantee Claimants right to present the case	186
B. The Evidence is relevant to the case and material to its outcome	187
C. There are no further grounds that could possibly justify the inadmissibility of the Evidence	188
1. <i>Even if the Evidence was obtained through an illegal hack of RESPONDENT's computer system, CLAIMANT is still entitled to submit it</i>	188
a. CLAIMANT was not involved in the potential illegal act nor was it actively searching for the Evidence	189
b. Alternatively, the Tribunal may, <i>ex officio</i> , request the production of the Evidence by RESPONDENT	190
2. <i>Even if the Evidence was obtained through a breach of a confidentiality agreement, transparency must prevail</i>	190
a. CLAIMANT is not bound by any confidentiality agreement concerning the other arbitration proceedings	191
b. The HKIAC Rules allow the admission of the Evidence	191
c. The submission of the Evidence will contribute to the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution	192

d. The Tribunal must take into consideration that confidentiality will not be strongly affected	194
Conclusion on issue II	194

ISSUE III: CLAIMANT IS ENTITLED TO RECEIVE OUTSTANDING CONTRACTUAL PAYMENTS AS A RESULT OF THE IMPOSITION OF THE TARIFF BY THE GOVERNMENT OF EQUATORIANA

A. The Hardship Clause provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff	195
1. <i>The imposition of the tariff is a case of hardship under the terms of the Hardship Clause</i>	196
a. The imposition of the tariff fulfills all the criteria laid out in the Hardship Clause	196
i. The imposition of the tariff is “comparable” to “additional health and safety requirements”	196
ii. The imposition of the tariff was “unforeseen”	197
iii. The tariff makes the Contract “more onerous” on CLAIMANT	198
b. It was the intention of the Parties to include in the Hardship Clause tariffs such as the one at stake	199
c. If the Tribunal finds the wording unclear, it should apply the <i>contra proferentem</i> rule	201
2. <i>The Contract should be adapted under the Hardship Clause</i>	201
a. The Hardship Clause provides for the adaptation as a remedy to cases of hardship	201
B. Alternatively, the CISG provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff	202
1. <i>We are upon a case of hardship under Art. 79 CISG</i>	202
a. The Parties did not derogate Art. 79 CISG under the terms of Art. 6 CISG	203
b. Art. 79 CISG is applicable to cases of hardship	203
c. The tariff at stake is within the scope of Art. 79	204
2. <i>Should the Tribunal consider that Art. 79 CISG is not applicable to cases of hardship, the gap should be filled through Art. 7(2) CISG</i>	205

a. This is a case of hardship according to the general principles of the CISG	206
3. <i>The Contract should therefore be adapted under the general principles of the CISG</i>	207
a. The Contract should be adapted according to the CISG	207
C. Additionally, the general contract law of Mediterraneo provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff	209
D. CLAIMANT is entitled to receive 30% of the price of the last shipment or, in any event, no less than 25%	209
Conclusion on issue III	211
Request for Relief	211
Table of Authorities	213
Table of Arbitral Decisions	223
Table of Court Decisions	226
Certificate	230

TABLE OF ABBREVIATIONS

¶/¶¶	Paragraph/Paragraphs
§	Section
Art./Arts.	Article/Articles
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (see)
Ch.	Chapter
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
<i>E.g.</i>	<i>Exempli Gratia</i> (for example)
Ed.	Edition
Et al.	<i>Et alii</i> (and others)
Exh. C	CLAIMANT'S Exhibit
Exh. R	RESPONDENT'S Exhibit
<i>Fn.</i>	Foot Note
Hague Principles	Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
<i>HKIAC Rules</i>	HKIAC Administered Arbitration Rules of 2018
IBA	International Bar Association
IBA Rules	IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (in the same place)
ICC	International Chamber of Commerce
<i>In casu</i>	In the case at hand
<i>I.e.</i>	<i>Id est</i> (that is)
<i>Infra</i>	Below
<i>Inter alia</i>	Among other things
Ltd.	Limited
Mr. / Ms.	Mister / Miss

No.	Number
NoA	Notice of Arbitration
NY Convention	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1958)
P. / Pp.	Page / Pages
PECL	Principles of European Contract Law
<i>Quod non</i>	Not the case in the present issue
<i>Supra</i>	See above
Tribunal	Arbitral Tribunal
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Model-Law on International Commercial Arbitration
UNIDROIT Principles	Principles UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)
US	United States
US\$	United States Dollars
V.	<i>Versus</i> (against)

STATEMENT OF FACTS

Phar Lap Allevamento (“CLAIMANT”) is a company based in Mediterraneo that manages the oldest and most renowned stud farm in the country. CLAIMANT is well known for its success regarding the breeding of racehorses, additionally selling frozen semen from its champion studs.

Black Beauty Equestrian (“RESPONDENT”) is a company located in Equatoriana, famous for its broodmare lines. Recently, RESPONDENT established a racehorse stable and it is currently building up its own racehorse breeding program.

- | | |
|----------------------|--|
| 21 March 2017 | Acknowledging its outstanding reputation, RESPONDENT contacted CLAIMANT asking for one hundred doses of frozen semen from Nijinski III, the star among CLAIMANT’s stallions, to be used in its newly started breeding program. |
| 24 March 2017 | Despite its extraordinary nature, CLAIMANT accepted RESPONDENT’s request under certain conditions namely, that the doses would not be resold to third parties without CLAIMANT’s express written consent. |
| 28 March 2017 | Due to RESPONDENT’s urgency in obtaining the doses and being CLAIMANT more experienced concerning the shipment of frozen semen, RESPONDENT insisted on a delivery on the basis of Delivered Duty Paid (“DDP”). |
| 31 March 2017 | CLAIMANT accepted DDP delivery with a relevant condition, <i>i.e.</i> , the creation of a hardship clause to temper some additional risks, such as import restrictions. |
| 6 May 2017 | The Parties concluded the Frozen Semen Sales Agreement (“Contract”), which included an arbitration agreement granting this Arbitral Tribunal (“Tribunal”) jurisdiction to decide on any dispute that arose from the former. |

- 19 December 2017** After two of the three installments of frozen semen were shipped, the Government of Equatoriana announced the imposition of a 30% tariff upon all agricultural goods from Mediterraneo.
- 20 January 2018** Immediately after finding out that the newly imposed tariff applied to horse semen, CLAIMANT contacted RESPONDENT so that a solution would be found.
- 23 January 2018** With certainty that an agreement would be reached, CLAIMANT paid the 30% tariff and timely delivered the last installment.
- 12 February 2018** In order to negotiate the adaptation of the Contract, the Parties had a meeting. However, no agreement was reached, since RESPONDENT's CEO got aggressive and put an end to the negotiations.
- 31 July 2018** As it turned out clear that no solution could be reached, CLAIMANT submitted its Notice of Arbitration ("NoA") to reestablish the initial equilibrium of the Contract.
- 24 August 2018** RESPONDENT filed its Answer to the NoA ("ANoA").
- 2 October 2018** After finding out about other arbitration proceedings in which RESPONDENT is advocating the exact opposite position, CLAIMANT required the Tribunal to submit evidence from these arbitration proceedings ("Evidence").

INTRODUCTION

1. People in glass houses should not throw stones. Yet, RESPONDENT is advocating two contradictory positions at the same time. Indeed, the Parties agreed that, in case of hardship, the Contract would be adapted. However, RESPONDENT is now denying adaptation while requesting the very same solution in other identical arbitration proceedings.
2. International business is a complex and ever-changing world. Conscious of this, CLAIMANT insisted on the inclusion of an adaptation clause in the Contract, in order to narrow down its sphere of risk. Although the Parties' agreed on delivery DDP, the point was never to burden CLAIMANT with the all the possible negative outcomes: no business man would sanely put himself in this position. And RESPONDENT is aware of this. Nonetheless, RESPONDENT seeks to exempt itself from the agreed terms in a vile attempt to make the Contract terms ambiguous.
3. With regards to the procedural issues, this Tribunal has jurisdiction to adapt the Contract, *as per* the Parties' agreement (Issue I). Furthermore, the Tribunal must admit the Evidence that demonstrates RESPONDENT's contradictory behavior (Issue II). On the merits, CLAIMANT is entitled to receive outstanding contractual payments as a result of the adaptation of the Contract due to a situation of hardship (Issue III).

ARGUMENTS

ISSUE I: THE TRIBUNAL HAS JURISDICTION AND POWERS TO ADAPT THE CONTRACT

4. The Parties to these arbitration proceedings are bound by an arbitration agreement allowing them to initiate arbitration in accordance with the HKIAC Rules of 2018 [*Exh. C5, p. 14 (Clause 15); PO1, p. 52, §II*].
5. RESPONDENT claims that this Tribunal lacks jurisdiction to adapt the Contract [*ANoA, p. 31, §§12/13; PO2, p. 61, §48*]. Contrary to RESPONDENT' ill-founded allegations, CLAIMANT will

demonstrate that the Tribunal does have jurisdiction and powers under the arbitration agreement to adapt the Contract. Firstly, because the Parties agreed on the law of Mediterraneo to govern the interpretation of the arbitration agreement (A). Secondly, the scope of the arbitration agreement allows the Tribunal to adapt the Contract (B). Thirdly, if the Tribunal does not find the law of Mediterraneo to be applicable, it would still have the powers to adapt the Contract, relying on an interpretation according to general principles of contract interpretation (C). In any event, even if the Tribunal would decide to apply the law of Danubia, it would have powers and jurisdiction to adapt the Contract (D).

A. The Parties agreed on the law of Mediterraneo to govern the interpretation of the arbitration agreement

6. CLAIMANT will demonstrate that it is the law of Mediterraneo that governs the interpretation of the arbitration agreement. Firstly, there was an express agreement of the Parties (1). Secondly, even if the Tribunal considers that there is no evidence of an express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties to have the Mediterranean law governing the interpretation of the arbitration agreement (2).

1. There was an express agreement between the Parties to apply the law of Mediterraneo to the arbitration agreement

7. The Parties agreed to arbitrate under the HKIAC Rules, which provide that the Tribunal “shall decide the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon by the parties” [Art. 36 HKIAC Rules]. Even though this article refers specifically to the “substance” of the dispute, one can assume that, in the “spirit of these Rules” [Art. 13.9 HKIAC Rules], the Tribunal shall apply also the rules of law agreed to by the Parties on what concerns the arbitration agreement. The principle of party autonomy tells us that it could not be in any other way [Redfern/Hunter II, p. 315]. Thus, the Tribunal must rely on the law of Mediterraneo to construe the arbitration agreement.

8. The facts show that in any moment did RESPONDENT make clear that it was against the application of the law of Mediterraneo to the arbitration agreement. On the contrary, the evidence enclosed to the proceedings shows that the Parties reached an agreement on what would be the applicable law. The need for special approval by the creditors' committee [*Exh. R2, p. 34, ¶2*] is enough to demonstrate that the hypothetical application of another law is mere fiction.
9. Early in the negotiations, Ms. Napravnik provided RESPONDENT with an offer for one hundred doses of frozen semen from Nijinski III, including CLAIMANT's terms and conditions [*Exh. C1, p. 9*]. RESPONDENT accepted most of the terms, excluding two points: (1) price and delivery and (2) applicable law and dispute resolution [*Exh. C3, p. 11*].
10. RESPONDENT expressly stated that it did not consider appropriate that "[CLAIMANT's] law applies and [CLAIMANT's] courts have jurisdiction" (emphasis added), clearly indicating that the issue would lay on the simultaneous application of Mediterranean Law and court jurisdiction to decide on future disputes. RESPONDENT confirms it by stating that "[it] could accept the application of the law of Mediterraneo if the courts of Equatoria have jurisdiction" [*Exh. C3, p. 11, ¶3*].
11. Ms. Napravnik asserted that CLAIMANT could never submit an eventual dispute to the jurisdiction of the courts of Equatoria [*Exh. C4, p. 12, ¶5*]. Alternatively, she suggested arbitration in Mediterraneo [*Exh. C4, p. 12, ¶6*].
12. Until such moment, the negotiations concerned the choice of national court's jurisdiction, which would have to apply the *lex fori* [*Marques, p. 8*]. Thus, by suggesting the application of Mediterranean Law and Mediterraneo's court's jurisdiction, CLAIMANT made clear that its intention was to have the Mediterranean Law to rule all the relevant aspects of their commercial relationship, *i.e.*, both the Contract and the arbitration agreement.
13. Notwithstanding, Mr. Antley sent an email to Ms. Napravnik with a draft of the arbitration agreement suggesting the place of arbitration to be in Equatoria and submitting the arbitration clause to the law of Equatoria as well [*Exh. R1, p. 33, ¶1*].

14. Ms. Napravnik's answer did not leave any room for doubt: either to submit a contract to a foreign law or to provide for dispute resolution in the country of the counterparty would require CLAIMANT to have a "special approval by the creditors' committee, a board in which all financing banks are included" [*Exh. R2, p. 34, ¶1*]. This would clearly extend the negotiations, thus exceeding RESPONDENT's window of opportunity on what concerns the lifting of the ban, making them more challenging on both parties.
15. "To avoid any further futile discussion", Ms. Napravnik suggested for arbitration in a neutral country (Danubia), presented a different draft for the arbitration agreement and pointed out that it was under the condition that the law applicable to the Contract would remain the law of Mediterraneo [*Exh. R2, p. 34, ¶¶1,5*].
16. Ms. Napravnik's email could not be any clearer: CLAIMANT's proposal was to have a neutral seat of arbitration provided that the law of the Contract as a whole, including the arbitration agreement itself, was submitted to the law of Mediterraneo. This would be the only way for the Parties to avoid the need for special approval by the creditors' committee.
17. To submit the arbitration clause, which is to be considered as having a contractual nature [*Lew/Mistelis, p. 100; Waincymer, p. 130*], to a law other than Mediterraneo's, would not be coherent with Ms. Napravnik's statement in this email nor with all the previous communications between the Parties.
18. Both Mr. Krone and Mr. Ferguson – Mr. Antley and Ms. Napravnik's successors, respectively – were aware of the former communications between the Parties, namely those referred *supra* [¶¶ 9-16]. On his witness statement, Mr. Krone claims that he was aware of RESPONDENT's main strategy, and further admits that it felt no need to attend Mr. Antley's note regarding the applicable law since "[t]he draft of the contract had already a (...) choice of law clause in favor of the law of Mediterraneo" [*Exh. R3, p. 35*], inasmuch that question had been clarified in the previous communications between the Parties.
19. Thus, it is safe to say that there was a true meeting of the minds [*Zeller, §II; Chemical Products Case*]. Indeed, the fact that the Parties

did not include a particular provision related to this subject in the Contract does not mean that there was no express agreement on this matter, but merely a conscious decision that both Parties made to apply the law of Mediterraneo to the Contract as a whole.

2. *If the Tribunal considers that there was no express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties to have the Mediterranean law governing the interpretation of the arbitration agreement*

20. Even if the Tribunal considers that there is no evidence of an express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties to have the Mediterranean law governing the interpretation of the arbitration agreement since the latter was selected by the Parties to govern the Contract (a) and the principle of separability, although recognized by all relevant legal instruments, has no interference with this understanding (b).

a. *The law applicable to the arbitration agreement is the one that governs the Contract*

21. Art. 36.1 HKIAC Rules determines that the Tribunal shall decide on the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon the parties, and failing such an agreement, according to the rules it deems appropriate. Indeed, this article refers to the “substance of the dispute” but given that there is no express rule concerning specifically the applicable law to the arbitration agreement, we shall look for the solution “in the spirit of these Rules” [Art. 13.9 HKIAC Rules].
22. Contrary to what RESPONDENT claims [ANoA, p. 31, ¶14 *in fine*], it is generally accepted in international commercial arbitration proceedings that in the absence of an express choice of law to the arbitration agreement by the parties, the law of the Contract is to be considered as an implied choice [Lew, p. 143; Bermann, p. 147, ¶166; ICC Case No. 6840, *Sulamerica v. Enesa; Habas Sinai*].
23. The rationale behind extending the Parties’ choice of law to the arbitration agreement is that “it would be artificial to assume

that the choice of law clause, whose purpose is to fix the law for the whole contract, does not cover the arbitration clause which is an integral part of that contract” [Berger, p. 318; ICC Case No. 2626].

24. The law of the seat has also been considered as a possible implied choice of law by the parties, although merely in the absence of a choice concerning the main contract [Lew/Mistelis, p. 107, NTPC v. Singer], which is not the case, since the Parties agreed that the Law of Mediterraneo should govern the Contract [Exh. C5, p. 14 (Clause 14)].
25. Additionally, the choice of the law of the Contract has been considered preferable to the law of the seat since the latter concentrates on the sheer activity of arbitration, and not on the content of the matters under dispute [Waincymer, p. 136]. Moreover, case law shows that the law of the seat is “not determinative of the will of the parties”, as opposed to the law applicable to the main contract [Arsanovia v. Cruz City]. Courts have applied the law of the seat exceptionally, in cases where the law of the main contract would not grant the effectiveness of the arbitration agreement and/or award [Born, pp. 486, 593; Sulamerica v. Enesa].
26. The choice of the law of Mediterraneo arose as a rational option for both Parties, forasmuch as it is the one that has the closest and strongest connection to their relationship: (i) the production and quality standards have to be in accordance with the *Mediterraneo Guidelines for Semen Production and Quality Standards* [Exh. C2, p. 10, ¶5], (ii) the applicable general conditions are those of CLAIMANT [Exh. C2, p. 10, ¶5], (iii) the final negotiations and signing of the Contract took place in Mediterraneo [PO2, p. 56, ¶13] and (iv) Clause 14 of the Contract, settles the Law of Mediterraneo as the one applicable [Exh. C5, p. 14].
27. As The Hague decision in the *Owerri Comercial* well explained: “[n]eedless to say, parties, in general, would prefer – excluding special circumstances which do not arise in this case – to submit the validity of the arbitration clause to the same law to which they submitted the main agreement of which the arbitration clause forms a part”.

b. The principle of separability does not interfere with this understanding

28. The essence of the doctrine of the principle of separability in arbitration states that the validity of an arbitration clause is not bound to that of the main contract and vice versa [*Lew/Mistelis*, p. 102], ensuring that the jurisdiction of the tribunal is not affected by the invalidity of the main contract.
29. As GARY BORN explains, the two contracts are separable, but not separate [*Born*, p. 476]. This is to say that the arbitration agreement and the main contract may be governed by different rules, even though this is not a constraint. Hence, this concept must not be exaggerated [*Chuprunov*, p. 34], under the penalty of using it in a sense contrary to its original purpose. Indeed, the principle of separability shall be applied “with great care outside of the scope of its “traditional domain”, *i.e.*, other than in relation to the issues regarding validity, formation and termination of the “main” contract” [*Chuprunov*, p. 41].
30. In fact, Tribunals have resorted to the doctrine of separability only when the validity of the arbitration agreement itself is challenged. Art. 16(1) UNCITRAL Model Law (“Model Law”) has been construed as supporting this understanding by stating that an arbitration agreement shall be considered as an independent agreement of the rest of the terms of the contract for the purpose of ruling on its own jurisdiction [*BCY v. BCZ Case*]. This Tribunal cannot disregard that Art. 19(2) of the HKIAC Rules, applicable *in casu*, states an identical rule.
31. RESPONDENT is not raising any issue related to the validity of the Contract. Thus, contrary to RESPONDENT’s allegations [*ANoA*, p. 31, ¶14], the principle of separability does not constitute any obstacle to the applicability of the Contract’s law.

B. The scope of the arbitration agreement allows the Tribunal to adapt the Contract

32. RESPONDENT alleges that the Tribunal lacks jurisdiction to decide the case, since the claim surpasses the scope of

interpretation, by requesting the adaptation of the Contract [ANoA, p.31, ¶12]. However, the issue of whether the Parties did actually confer such power to the Tribunal is a matter of contract interpretation [Berger II, p. 3].

33. In view of the above, the Tribunal must consider the intention of the Parties (a), in light of either a subjective (i) or an objective (ii) interpretation, and the principle of synchronized competences under the law of Mediterraneo (b).

1. The intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract

34. The arbitrators' duty and powers to solve a dispute is primarily originated by the arbitration agreement, which reflects the common intention of the Parties to submit a particular dispute to arbitration [Berger, p. 5; Gaillard/Savage p. 11].
35. As expounded above, the law of Mediterraneo governs the interpretation of the arbitration agreement [¶¶6-31]. Thus, one has to interpret the said agreement in accordance with the Arbitration Law of Mediterraneo which provides for a broad interpretation of arbitration agreements, undoubtedly allowing for an increased remuneration [NoA, p. 7, ¶16].
36. This interpretation is not rare. Other legal systems have also adopted this broad view of the arbitrators' powers, as long as they originated in the common intention of the Parties [Gaillard/Savage, p. 27 and 29].

a. Under a subjective interpretation, the intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract

37. The Contract is subject to the CISG and thus to its rules of interpretation [Exh. C5, p. 14 (Clause 14)]. Furthermore, there is consistent Jurisprudence in Mediterraneo, that in sales contracts governed by the CISG, the latter also applies to the [...] interpretation of the arbitration clause contained therein [POI, p. 53, ¶4]. According to Art. 8(1) CISG, "statements made by [...] a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that

intent was” [*Chemical Products Case; Wine Case; Coffee Case*]. One of the aspects of this disposition is the question of imputable awareness, meaning that the other party “could not have been unaware” of that intention. In order to interpret the intention of the Parties, one must consider “all the relevant circumstances of the case, including the negotiations”, as *per* Art. 8(3) CISG [*Chemical Products Case; Wine Case*].

38. Moreover, the UNIDROIT Principles, which are also applicable either as the general contract law of Mediterraneo [POI, p. 52, ¶4] or as gap-filling provisions of CISG [*Perillo*, §a.; *Felemegas*, Ch. 4 §6(c); *Bund*, p. 392; *Scafom v. Lorraine Tubes*], take the same view of the CISG. They provide a subjective notion of contract interpretation according to what was the common intention of the Parties [Art. 4.1 UNIDROIT Principles].
39. In this case, there are no doubts. Ms. Napravnik specifically said to Mr. Antley that it was essential for CLAIMANT to have a mechanism that would ensure the adaptation of the Contract in the event that they could not compromise [*Exh. C8*, p. 17, ¶5].
40. Additionally, Mr. Antley himself suggested, on behalf of RESPONDENT, that it should be for the arbitrators to adapt the Contract in that case, in accordance to what Ms. Napravnik’s understanding [*Exh. C8*, p. 17, ¶5]. Thus, by acknowledging the issue and suggesting that it should be the arbitrators’ duty, RESPONDENT made CLAIMANT aware that it understood the arbitrators’ powers in an equal manner.
41. In light of the above, and in accordance to both Art. 8(1) CISG or Art. 4(1) UNIDROIT Principles, it is indisputable that the Parties agreed that in the absence of an agreement between them, it would be the arbitrators’ task to adapt the Contract. The fact that they did not explicitly include a reference in the Contract, does not mean that there was no express agreement between the Parties.

b. Under an objective interpretation, the intention of the Parties was to grant the arbitrators the powers to adapt the Contract

42. Should the Tribunal decide that there was an absence of common intention, the question shall be determined by an objective

interpretation. For that, under both Art. 8(2) CISG and Art. 4(2) UNIDROIT Principles, one shall consider what would be the understanding of a reasonable third person of the same kind, under the same circumstances [*Chemical Products Case*]. Nevertheless, all the relevant circumstances of the case must be weighted, including the negotiations, according to Art. 8(3) CISG and Art. 4.3 UNIDROIT Principles.

43. Ms. Napravnik underlined the importance of having an adaptation clause, *i.e.*, a hardship clause, specifically dealing with changes associated with “customs regulation and import restrictions” [*Exh. C4, p. 12, ¶4*].
44. Additionally, RESPONDENT not only accepted to include the hardship clause in the Contract as it did not raise any objection to it. As seen *supra* [¶40], Mr. Antley himself, on behalf of RESPONDENT, suggested that it should be the arbitrators’ task to adapt the Contract in case of need, according to what CLAIMANT envisioned [*Exh. C8, p. 17, ¶5*].
45. A literal interpretation of this would lead any reasonable third person, in the same circumstances as RESPONDENT [Art. 8(2) CISG; Art. 4(2) UNIDROIT Principles; *Chemical Products Case*], to interpret that it was CLAIMANTS’ intention to create a mechanism that allowed the Tribunal to adapt the Contract in the absence of an agreement between the Parties. Moreover, any reasonable third person would have construed that it was the common intent of the Parties to give the arbitrators’ the power to adapt the Contract.

2. The principle of synchronized competence under the law of Mediterraneo grants the arbitrators the power to adapt the Contract

46. The commonly known principle of synchronized competences states that, in general terms, an arbitrator will have at least the same competences as a state court judge [*Beisteiner; Berger II, p. 7*]. This principle is largely recognized in Mediterraneo, since there is consistent jurisprudence that “[a] standard arbitration agreement is considered sufficient to grant an Arbitral Tribunal the same powers as a court has under the provision” [*PO2, p. 60, ¶39*].

47. Thus, since the system of law to apply, *i.e.*, the general contract law of Mediterraneo, allows the court to adapt the Contract in case of hardship [Art. 6.2.3 (4) UNIDROIT; Bernardini, p. 214; Berger II, p. 8], it is clear that it provides arbitrators with the necessary flexibility to adapt the Contract [Horn, p. 179-180].

C. If the Tribunal does not find the law of Mediterraneo to be applicable, it would still have the powers to adapt the Contract, relying on an interpretation according to general principles of contract interpretation

48. An international dispute requires for an international approach. Thus, even if the Tribunal does not find the law of Mediterraneo to be applicable, then it must deny the application of the law of Danubia as well. The valid solution would be an interpretation of the arbitration agreement by international norms, including universally accepted principles and rules. This interpretation may regard either the existence, validity or scope of the arbitration agreement [Bachand, p. 393].
49. Considering that (i) the Parties are foreign, (ii) the seat was chosen as a neutral place [Marques, p. 26; Exh. R2, p. 34, ¶1], (iii) the arbitration proceedings are governed by international rules [HKIAC Rules] and that (iv) there is no express wording on the Contract concerning the applicable law to the arbitration agreement, it is safe to say that the Parties intention was to internationalize their dispute resolution process [Bachand, p. 394].
50. This corresponds to the opinion of French courts by mention to the Parties discernible common intentions [*supra*, ¶¶37-47]. According to this approach, the arbitration agreement remains autonomous from the provisions of any national law [Redfern/Hunter, p. 171; Dalico Decision], such as Danubia or Mediterraneo. In this case, the Tribunal would have to construe the scope of the arbitration agreement in the context of the Parties common consent according to general principles of interpretation.
51. Firstly, one must attend the principle of good faith in the sense that the Parties' true intention at the time of the signing

shall prevail over what they claim on the arising of the dispute [*Waincymer*, p. 140; *Gaillard/Savage*, p. 825]. Thus, as seen *supra* [§§37-47], one must take into consideration the common intention of the Parties during the negotiations of the arbitration agreement and not to what RESPONDENT claims at this moment.

52. Secondly, one must also attend to the principle of effective interpretation [*Gaillard/Savage*, p. 826], meaning that the interpretation shall be made in accordance to a practical effect, relying on the assumption that the Parties intended their agreement to be an effective mechanism for the settlement of their disputes [*Waincymer*, p. 141; *ICC Case No 2321*]. It would not make any sense to have the Tribunal to solve some of the disputes, while having a court deciding the rest [*Premium Nafta Products*].
53. Nonetheless, the UNIDROIT Principles have also been used as a manifestation of “general principles of law” [4(b) *Preamble UNIDROIT Principles*] and as means of “interpreting and supplementing international uniform law” [5 *Preamble UNIDROIT Principles*]. Hence, even if the Tribunal decided not to apply the law of Mediterraneo, it would still have the necessary powers to adapt the Contract, since that corresponds to the Parties true intention according to general principles of contract interpretation.

D. Even if the Tribunal finds the law of Danubia to be applicable, it still has jurisdiction and powers to adapt the Contract

54. RESPONDENT alleges that the law of Danubia is the one applicable [*ANoA*, p. 31, §13] and that this law adheres to the “Four Corners Rule” for interpretation of contracts [*ANoA*, p. 32, §16], excluding any external evidence, such as drafting history and preceding communication, to assist on the interpretation. However, CLAIMANT will demonstrate that if the Tribunal considers the law of Danubia to be applicable (*quod non*), it would still have powers to adapt the Contract, since the CISG will be applicable to the interpretation of the arbitration agreement either way (a) and that excludes the Parol Evidence Rule (b).

3. The CISG is applicable to the interpretation of the arbitration agreement

55. It has been argued that the CISG shall be applicable to the interpretation of arbitration agreements if the former applies to the contract where the arbitration clause is written [*Born*, p. 505; *Schmidt-Ahrendts*, §1.2]. Accordingly, the Contract celebrated between the Parties is undoubtedly submitted to the CISG [*Exh. C5*, p. 14 (*Clause 14*)]. Moreover, either one of the countries involved, *i.e.*, Equatoriana, Mediterraneo or Danubia, are Contracting States of the CISG [*POI*, p. 53, ¶4].
56. Thus, it is unarguable that the CISG rules on interpretation of the contracts mentioned above [*supra* ¶¶37, 38, 42] will be applicable to the interpretation of the arbitration agreement, even if Danubian Law is applicable.

4. Exclusion of the Parole Evidence Rule

57. Art. 8(3) CISG has been construed as overriding any domestic rules that would bar a Tribunal from considering the relevance of previous agreements, in accordance with the growing opinion that the “Parole Evidence Rule” has been an embarrassment for the administration of modern transactions [*Honnold*, p. 121].
58. Thus, and contrary to what RESPONDENT states [*ANoA*, p. 32, ¶16], the application of the CISG relieves Tribunals from any domestic rules, such as the “Parol Evidence Rule”, that would inhibit them from considering any evidence between the Parties that might be relevant [*MCC Marble Ceramics v. Ceramica Nova Case*, *Calzaturificio Claudia v. Olivieri Footwear Case*; *Filanto v. Chilewich Case*].
59. The same applies to arbitrations submitted to rules that rely on the Tribunal’s discretion to decide on the relevance, materiality and admissibility of the evidence, such as the HKIAC Rules [*Art. 22.2 HKIAC Rules*]. In these cases, Tribunals have reckoned that, where Parties have agreed to institutional rules, investing arbitrators with the power to decide on the admissibility of the

evidence, they must accept that the same Tribunal may choose not to apply rules of evidence related to contract interpretation, such as the Parole Evidence Rule [*BQP v BQQ Case*].

60. Hence, by choosing the HKIAC Rules as applicable to the arbitration proceedings, the Parties implicitly accepted that the Tribunal may decide to value external evidence, *i.e.*, the negotiations between the Parties, as it should.
61. Finally, and consequently, even if the Tribunal would consider the Law of Danubia to be applicable, it would still have jurisdiction to adapt the Contract, given that the CISG is still applicable to the interpretation of the arbitration agreement and that there are exceptions applicable to the Parol Evidence Rule.

CONCLUSION ON ISSUE I

62. The Parties agreed to grant the Tribunal the necessary powers to adapt the Contract, since they agreed on the law of Mediterraneo to govern the interpretation of the arbitration agreement. Indeed, there is no doubt that the scope of the arbitration agreement allows it. Nonetheless, if the Tribunal decides that the law of Mediterraneo is not applicable, it must rely on an anational approach and construe the arbitration agreement according to general principles of contract interpretation, which would still grant him the necessary powers to adapt the Contract. In any event, even if the Tribunal would decide to apply the law of Danubia, it would have powers and jurisdiction to adapt the Contract.

ISSUE II: THE TRIBUNAL MUST ADMIT THE EVIDENCE

63. The Tribunal must admit the Evidence in order in order to guarantee CLAIMANTS' right to present the case (A). Moreover, the Evidence is relevant to the case and material to its outcome, which reinforces CLAIMANTS entitlement to submit the Evidence (B). Lastly, there are no further grounds that could possibly justify the inadmissibility of the Evidence (C).

A. The Tribunal must admit the Evidence in order to guarantee Claimants right to present the case

64. Considering that the relevant legal instruments applicable to this case provide for the general principle that all the evidence must be admitted in arbitration, CLAIMANT will demonstrate that the Tribunal must admit the Evidence, in order to guarantee its right to present the case.
65. The Tribunal has the power to decide on “the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence, including whether to apply strict rules of evidence” [Art. 22.2 *HKIAC Rules*]. The same wording is found in Art. 19 Model Law, which should be taken into consideration by the Tribunal since law of the seat of the arbitration is a largely verbatim adoption” of the latter [PO2, p. 57, ¶14; *Born*, pp. 1566-1567]. Likewise, Art. 9 IBA Rules of Evidence (“IBA Rules”), has an identical wording and must be considered by the Tribunal as guidelines [IBA Rules, p. 3; *Born III*, p. 485; *Tidewater v. Venezuela*]. Indeed, they “provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitration”, being “particularly useful when the parties come from different legal cultures” [IBA Rules, p. 2; *NoA*, p. 7, ¶15; PO2, p. 61, ¶44].
66. These extremely broad evidentiary provisions grant the Tribunal great flexibility in the admission of evidence [Mehren/Salomon, p. 285]. The drafting history of the Model Law confirms such purpose, as opposed to following strict legal rules on evidence [UN Yearbook, p. 78; *Brekoulakis*, p. 879; *Born I*, p. 2306].
67. Due to this great flexibility, arbitral tribunals generally “admit almost any evidence submitted to them in support of parties’ position” [Lew/Mistelis, p. 561]. This general principle of admissibility of all evidence submitted by the parties is crucial, because it safeguards the parties’ right to present the case [Pilkov, p. 150]. Indeed, “[c]oncerns as to due process will typically be the main reason why tribunals are reluctant to limit or exclude evidence” [Waincymer, p. 793]. Furthermore, exclusion of evidence by arbitral tribunals can easily result in the challenge of awards [Art. V *New York Convention of 1958* (“NY Convention”); *Born I*, p. 3495] and

even in the refusal to recognize them [*Born I*, p. 3523; *Iran Aircraft Industries v. Avco Corporations*].

68. Therefore, *in casu*, the Tribunal must admit the Evidence in order to guarantee CLAIMANT's right to present the case.

B. The Evidence is relevant to the case and material to its outcome

69. Furthermore, the Evidence is relevant to the case and material to its outcome, which reinforces CLAIMANT's right to submit it.
70. The concepts of relevance and materiality are referred to in Art. 22.3 HKIAC Rules and in Art. 9(2)(a) IBA Rules. The former provides that if the Tribunal finds the evidence relevant to the case and material to its outcome, it must request its production. The latter provides that if those features are not shown, then evidence shall not be admitted.
71. While relevance concerns the general relation between the evidence and the case, materiality is related to the outcome of the case [*Pilkov*, pp. 148-149; *Waincymer* pp. 858-859].
72. Firstly, the Evidence is relevant because the dispute in the other arbitration proceedings is identical to the present case. The only difference is that RESPONDENT was the one affected by a surprising tariff [p. 50, ¶2], consequently sustaining what it is *in casu* denying. Indeed, the Evidence will clarify, on the one hand, that CLAIMANT is entitled to receive outstanding payments, as a result of the 30% tariff paid [*NoA*, p. 6, ¶13; *Exh. C8*, p. 18, ¶3], and, on the other hand, that RESPONDENT's allegations concerning the Tribunal's lack of jurisdiction [*ANoA*, p. 31, ¶12] are ill-founded. The other arbitral tribunal decided it had jurisdiction to adapt the Contract in cases of hardship [*PO2*, p. 60, ¶39]. It is, hence, crystal clear that CLAIMANT is entitled to submit the Evidence, because the latter has a logical connection to what it purports to prove in the present case [*Pilkov*, p. 148; *Cane/Shub*, p. 91].
73. Secondly, the Evidence is material as it can strongly influence the outcome of the present case by demonstrating RESPONDENT's inconsistent and highly contradictory behavior. In fact, it cannot be ignored that RESPONDENT is vigorously defending the exact opposite claim in the other proceedings [p. 50, ¶2; *PO2*, p. 60,

¶40]. Therefore, RESPONDENT itself recognizes that the remedy that CLAIMANT is, in the case at hand, requesting, is the only adequate one.

74. Hence, the submission of the Evidence will solidly undermine RESPONDENT's general credibility [*Waincymer*, p. 789], since the falseness of RESPONDENT's allegations will be exposed [*Marghitola*, p. 80].

C. There are no further grounds that could possibly justify the inadmissibility of the Evidence

75. Moreover, the Tribunal must hold that there are no further grounds that could possibly justify the inadmissibility of the Evidence.
76. The criterion of admissibility [*Art. 22.2 HKIAC Rules*; *Art. 19 Model Law*; *Art. 9(1) IBA Rules*] is "purely legal" and grants broad discretion to the Tribunal [*Pilkov*, p. 150]. Hence, all evidence must be admitted [*supra* ¶¶63-73], unless parties have agreed otherwise or if there are any further ground for its inadmissibility [*Art. 9(2) IBA Rules*; *Commentary on the IBA Rules* pp. 25-27; *Pilkov*, p. 150; *Born I*, p.p 2311-2312; *Waincymer*, p. 792; *Freedman*, p. 741; *Irenton*, p. 233].
77. Although RESPONDENT alleges that the Evidence is confidential and, therefore, should not be admitted [*p. 51, ¶2*], the Tribunal must hold that even if the Evidence was obtained through an illegal hack of RESPONDENT's computer system [*p. 51, ¶3; PO2, p. 61, ¶42*], its submission does not interfere with considerations of fairness or equality of the arbitration proceedings (1). Additionally, even if the Evidence was obtained through a breach of a confidentiality agreement, transparency shall prevail to the detriment of confidentiality (2).

1. Even if the Evidence was obtained through an illegal hack of RESPONDENT's computer system, CLAIMANT is still entitled to submit it

78. Even if the Evidence was obtained through an illegal hack of RESPONDENT's computer system, CLAIMANT is still entitled

to submit it because neither CLAIMANT was involved in the possible illegal obtainment of the Evidence, nor actively trying to acquire it (a). Alternatively, the Tribunal may, *ex officio*, require the production of the Evidence (b).

a. CLAIMANT was not involved in the potential illegal act nor was it actively searching for the Evidence

79. The Tribunal must admit the Evidence because its admission does not breach fairness [Art. 9(2)(g) IBA Rules]. Firstly, CLAIMANT was not involved in the disclosure of the Evidence. Secondly, CLAIMANT was not actively searching for it.
80. In fact, it was a company which provides intelligence on the horseracing industry that obtained the Evidence [PO2, pp. 60-61, ¶41]. CLAIMANT was not involved in any hypothetical illegal activity related to the procurement of the Evidence. Therefore, the submission of Evidence by CLAIMANT is legitimate [Waincymyer, p. 797; Reisman/Freedman, p. 745; Corfu Channel Case].
81. Contrary to what happens when a party seeking reliance on the evidence is involved in the illegal act [Methanex v. United States], it has been widely recognized that if the party who requests to present the evidence has not played any role in its illegal obtainment, the evidence must be admitted [Caratube v. Kazakhstan].
82. This position is clearly reflected in case law. For instance, in ConocoPhillips v. Venezuela, Venezuela sought to rely on illegally obtained evidence published online. Although the arbitral tribunal denied its own jurisdiction, Georges Abi-Saab, one of the arbitrators, could not be any clearer: ignoring the glaring evidence would lead to a faulty decision, which would “put or risk putting the credibility and integrity of the tribunal into question”, since it would be shutting itself into “a virtual reality in order to fend off probable objective reality” [Abi-Saab, pp. 22-23]. That is precisely what would be at risk in the present case if the Tribunal would ignore the Evidence.
83. Furthermore, CLAIMANT only learned about the other arbitration proceedings through a conversation with Mr. Kieron Velazquez,

at the annual breeder conference [PO2, p. 60, ¶40], which demonstrates that CLAIMANT was not actively researching for the Evidence.

84. In light of the above, despite the way the Evidence might have been obtained, it is, in fact, vital to properly lead this Arbitration. The Tribunal cannot simply “pass over” such glaring evidence [Abi-Saab, p. 23]. Hence, CLAIMANT respectfully requests the Tribunal to admit the Evidence.

b. Alternatively, the Tribunal may, *ex officio*, request the production of the Evidence by RESPONDENT

85. The Parties agreed on the application of the HKIAC Rules [cf. Art. 19 Model Law; Born I, p. 2338], expressly empowering the Tribunal to order the production of evidence, which is relevant to the case and material to its outcome [Art. 22.3 HKIAC Rules].
86. Indeed, the Evidence is relevant to the case and material to its outcome, as it was demonstrated [*supra* ¶¶68-72; cf. Art. 3(7) IBA Rules; *Azurix Corp Argentine Republic*].
87. Therefore, the Tribunal may, *ex officio*, request the production of the Evidence by Respondent. In doing so, the Tribunal will be granting consistency and certainty of the decisions, values which are pursued by the HKIAC Rules [e.g. see Arts. 28.1(c) Arts. 29 and 30.1(a) HKIAC Rules; *Cleary Gottlieb*, p. 2].

2. Even if the Evidence was obtained through a breach of a confidentiality agreement, transparency must prevail

88. Even if the Evidence was obtained through a breach of a confidentiality agreement, it must be admitted nevertheless, according to the most recent paradigm in arbitration concerning transparency.
89. Contrary to RESPONDENT’s allegations [p. 51, ¶2], CLAIMANT did not sustain the applicability of the UNCITRAL Rules on Transparency to this arbitration. In fact, they are rather applicable to investor-State arbitration [Art. 1 UNCITRAL

Rules on Transparency]. However, these rules do reflect the demand for greater transparency in arbitration in general, a paradigm that has been developing in the past years [*Born*, p. 2821; *Comrie-Thomson*, pp. 276-277]. Accordingly, transparency must prevail in detriment to confidentiality. The Tribunal is requested to hold that CLAIMANT is not bound by any confidentiality agreement concerning the other arbitration proceedings (a) and that the HKIAC Rules allow the disclosure of the Evidence (b).

90. Furthermore, by admitting the Evidence, the Tribunal will contribute to the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution (c) without affecting confidentiality (d).

a. CLAIMANT is not bound by any confidentiality agreement concerning the other arbitration proceedings

91. Even if the Evidence might have been obtained through a breach of a confidentiality agreement by RESPONDENT's former employees concerning the other arbitration proceedings, the Tribunal must still admit the Evidence.
92. Indeed, CLAIMANT is not bound by any obligation of confidentiality related to the other arbitration proceedings. The confidentiality obligation only binds the people involved in the proceedings, *inter alia* the parties and RESPONDENT's former employees [*Exh. p. 50, ¶3; PO2, pp. 60-61, ¶41; Arts. 42.1 and 42.2 2013 HKIAC Rules; Born I, p. 2789*]. CLAIMANT is a third party to that agreement.
93. Therefore, CLAIMANT, not being bound by any confidentiality agreement related to the other arbitration proceedings, is free to submit "materials produced in or in connection with" it [*Born, pp. 2788-2789*].

b. The HKIAC Rules allow the admission of the Evidence

94. Art. 45 HKAC Rules provides for the confidentiality of the arbitration proceedings. However, this obligation is not absolute,

since confidential information can be disclosed to pursue a “legal right or interest” before this Tribunal [Art. 45.3 HKIAC Rules]. The *ratio* of this exception is to balance confidentiality with “the need for disclosure of information in certain exceptional cases”, namely, in order to guarantee *res judicata* [*p. Guide (...) HKIAC Rules*, p. 182].

95. These exceptions exist to ensure certainty, avoiding contradictory decisions. Notably, this is one of the reasons behind the change of paradigm in arbitration [*infra* ¶¶ 95-100], resulting in a more transparent system of dispute resolution, contributing for its legitimacy [*Hay*, pp. 215-216].

c. The submission of the Evidence will contribute to the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution

96. The submission of the Evidence will contribute to the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution, providing for better decision-making and ensuring certainty and predictability of the decision.
97. First of all, given that the dispute of the other proceedings is identical to the case at hand, the Evidence will contribute to the Tribunal’s wider comprehension of RESPONDENT’s highly contradictory behavior [*p. 49, ¶2*]. Indeed, the similarities between the cases are of great significance: (i) the main negotiator in the two underlying contracts was Mr. Antley [*Exh. C8, p. 17 ¶2; PO2, p. 60, ¶39*]; (ii) a DDP delivery was agreed upon; (iii) the parties provided for a hardship clause [*Exh. C5, p. 13 (Clause 12); PO2, p. 60, ¶39*]; (iv) a choice of law in favor of Mediterraneo [*NoA, p. 7 ¶19; PO2, p. 60, ¶39*]; and (v) a model HKIAC arbitration clause [*Exh. C5, p. 13 (Clause 15); PO2, p. 60, ¶39*]. Furthermore, RESPONDENT required the same remedy: the adaptation of the Contract on the basis of the hardship clause and of Art. 6.2.3. of Mediterraneo’s general contract law [*PO2, p. 60, ¶39*]. However, RESPONDENT is acting contradictorily by, *in casu*, denying any adaptation on the grounds of the Contract and even of the CISG.

98. Bearing that in mind, and despite the fact that in arbitration there is no rule of precedent, the Tribunal must admit the Evidence. The publication of previous decisions generates a positive and inevitable persuasive effect that cannot be ignored, since it grants predictability and certainty to the application of the law, especially in similar cases [*Villaggi*, pp. 13-14, 17-18; *Hay* p. 227; *Licensor v. Licensee*; *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States*], and quality to the decisions [*Born I*, p. 2822]. It would be seriously detrimental to have two completely contradictory decisions concerning jurisdiction, when the facts are identical. Therefore, the previous partial award must be admitted by this Tribunal [*Dow Chemical Award*].
99. Moreover, confidentiality has no longer the importance it had in the past [*Cremades/Cortés*, p. 27; *Esso Australia Resources v. Plowman*; *Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I. Trade Finance*] and the benefits of the publication of arbitral awards have been widely recognized [*Villaggi*, pp. 13-14; *Hay* pp. 223-224; *Ruscalla*, p. 13].
100. The changes towards a more transparent system have been especially notable in investment treaty arbitrations, due to its inherent public interest. Although differences between these kinds of arbitration are noted, commercial arbitration is going towards the same direction due to the benefits that arise from greater transparency [*Born I*, p. 2823; *Buys*, p. 121], namely the certainty and the predictability of the decisions [*Comrie-Thomson*, p. 279]. In this regard, several arbitration statutes have been modified in order to promote greater transparency [namely, *AAA Rules*, *ICC Rules*, *CAM Rules*, *SMA Rules*], including the *HKIAC Rules* [e.g. *Art. 45.5 HKIAC Rules*; cf. *Born I*, p. 2807].
101. In conclusion, the Tribunal is requested to admit the Evidence so as to ensure the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution, “contributing to the rule of law, i.e., legal certainty, predictability, accountability of decision-makers, and prevention of arbitrariness” [*Hay*, pp. 222-223].

d. The Tribunal must take into consideration that confidentiality will not be strongly affected

102. Lastly, the Tribunal must take into consideration that confidentiality will not be strongly affected, since the Evidence will remain confidential.
103. Indeed, given that the present arbitration proceedings are also subject to a confidentiality provision [Art. 45 HKIAC Rules], it will be guaranteed that the said Evidence will be outside the public sphere – at least on what concerns these arbitration proceedings.
104. Moreover, only by admitting the Evidence will the Tribunal be balancing both of the Parties' interests. Undeniably, the balance between greater transparency and confidentiality "is not always a zero-sum game" [Hay, p. 230]. In fact, the standard for transparency in arbitration proceedings can be reflected in multiple aspects [UNCITRAL Working Group II, ¶31] that do not necessarily lead to the abolition of confidentiality e.g., in the publication of final "sanitized" awards [Smeureanu, pp. 82-83]. Also in a case of privileged evidence [(9(2)(b)(e) IBA Rules], the Tribunal could ensure such privileged documents would only be produced with the condition that they would not be distributed outside of the arbitration proceedings [Kubalczyk, p. 101].
105. Finally, the Tribunal should, at least, admit the submission of the interim award, considering it is a "potentially public document for the purposes of supervision by the Courts or enforcement" [cf. *Hassneh Insurance and Others v. Stewart J. Mew*] which entails the position of both parties.
106. All in all, only by admitting the Evidence, the Tribunal will be balancing the Parties' interests and confidentiality would still be preserved.

CONCLUSION ON ISSUE II

107. CLAIMANT is entitled to submit the Evidence, even if it was wrongfully obtained, considering that CLAIMANT was not involved in any unlawful act. Furthermore, even if the Evidence was obtained through a breach of confidentiality by RESPONDENT's

former employees it would still be kept confidential in the present arbitration proceedings. Therefore, by admitting the Evidence, the Tribunal would be promoting transparency and thus contributing for the legitimacy of arbitration as a system of dispute resolution.

ISSUE III: CLAIMANT IS ENTITLED TO RECEIVE OUTSTANDING CONTRACTUAL PAYMENTS AS A RESULT OF THE IMPOSITION OF THE TARIFF BY THE GOVERNMENT OF EQUATORIANA

108. The Parties entered into a contractual relationship from which CLAIMANT was to have a profit margin of 5% [PO2, p. 59, ¶31]. However, as a consequence of the imposition of an unforeseen 30% tariff by the Government of Equatoriana, CLAIMANT now makes a loss of 25% [NoA, p. 7, ¶18]. Since this event is undoubtedly outside CLAIMANT's sphere of risk, it should not be the one to bear these costs.
109. CLAIMANT is facing a situation of hardship that requires the adaptation of the Contract according to the hardship clause agreed to by the Parties ("Hardship Clause") (A). Should the Tribunal consider that the Hardship Clause does not provide for this solution, the same conclusion must be reached according to the CISG (B) and to the general contract law of Mediterraneo, which is a verbatim adoption of the UNIDROIT Principles (C). As a result of the adaptation of the Contract, CLAIMANT is entitled to receive US\$ 1,500,000, or, in any event, no less than US\$ 1,250,000 (D).

A. The Hardship Clause provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff

110. As a consequence of the decision to deliver the goods on the basis of DDP [Exh. C4, p. 12, ¶4], the Parties agreed on the Hardship Clause [Exh. C5, p. 14 (Clause 12)].
111. The Tribunal "shall decide the case in accordance with the terms of the contract" [Art. 36.3 HKIAC Rules; cf. Exh. C5, p. 14 (Clause

15); *Art. 28(4) Model Law*]. By analyzing the Hardship Clause, it is inevitable to conclude that it provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff, since this situation is a case of hardship under its terms (1) and that requires an adaptation of the Contract (2).

1. *The imposition of the tariff is a case of hardship under the terms of the Hardship Clause*

112. The imposition of the tariff by the Government of Equatoria is a case of hardship under the terms of the Hardship Clause since it fulfills all its criteria (a) and that is in accordance with the intention of the Parties (b). In any case, should the Tribunal find that the wording of the Hardship Clause is too ambiguous to draw a conclusion on this matter; the Tribunal should apply the *contra proferentem* rule, interpreting it according to CLAIMANT's view (c).

a. *The imposition of the tariff fulfills all the criteria laid out in the Hardship Clause*

113. Taking into consideration the criteria expressly laid out in the Hardship Clause, it is inevitable to conclude that it includes the imposition of the 30% tariff by Equatorian Government, since this event is comparable to additional health and safety requirements (i), was unforeseen (ii) and makes the Contract more onerous on CLAIMANT (iii).

i. *The imposition of the tariff is “comparable” to “additional health and safety requirements”*

114. The imposition of the tariff is a “comparable” event to “additional health and safety requirements” under the terms of the Hardship Clause.

115. Indeed, additional health and safety requirements that are imposed after the conclusion of a contract can result in a case of hardship. This was the situation CLAIMANT faced not long

ago, when a 40% increase in its costs almost led to its insolvency [PO2, p. 58, ¶21]. CLAIMANT mentioned this past experience when requesting the creation of a hardship clause, making it clear that this was the type of situation it was trying to avoid [Exh. C4, p. 12, ¶4].

116. Similarly, in the present case, following measures imposed by a foreign government, CLAIMANT's costs increased by 30%, deteriorating even more its already strained financial situation [PO2, p. 59, ¶29].
117. Therefore, the situation that CLAIMANT is facing is “comparable” to “additional health and safety requirements”.

ii. The imposition of the tariff was “unforeseen”

118. The Hardship Clause requires an event to be “unforeseen” in order to fit into the category of hardship. Indeed, unforeseeability is a usual requirement for cases of hardship [Art. 6.2.2(b) UNIDROIT Principles; Art. 6:111(2)(b) PECL; ICC Hardship Clause 2003, (2)(a) Azeredo da Silveira, p. 323;], including under the CISG, as will be explained in detail below [*infra* ¶161].
119. In the present case, it is undeniable that both the tariff imposed by the President of Mediterraneo and the following retaliation by the Government of Equatoria were completely unpredictable. In fact, “[u]ntil 2018 there had been no tariffs imposed on agricultural goods (or horse semen) in either Equatoria or Mediterraneo” [PO2, p. 58, ¶25].
120. Regarding Mediterraneo's tariff, it was not even part of President Bouckaert's strategy papers and election manifesto [NoA, p. 6, ¶9]. Furthermore, the new minister for agriculture, trade and economics, Ms. Cecil Frankel, which is “one of the most ardent critics of free trade” and “had been an outspoken protectionist for years”, was only appointed on the day before the conclusion of the Contract [PO2, p. 58, ¶23].
121. Concerning the retaliatory measure by Equatoria, it would be impossible to predict such a measure in a country where the Government “has always been an ardent supporter of free trade [...], had always tried to resolve trade disputes amicably and had

not relied on retaliatory measures against trade restrictions by other countries” [NoA, p. 6, ¶10]. Equatoriana’s President came from the Progressive Liberals and only once an Equatorianian Government had taken retaliatory measures under similar circumstances, which happened during the rule of a Prime Minister from the National Party, which was more critical to free trade [NoA, p.7, ¶19]. This retaliation was also considered a total surprise by the press [Exh. C6, p. 15, ¶2].

122. Besides, it came as a total surprise that racehorse frozen semen was included in the tariff as an agricultural good, since it is usually differentiated from pigs, sheep or cattle [NoA, p. 6, ¶11; PO2, p. 58, ¶26].
123. Moreover, both Mediterraneo and Equatoriana are part of the World Trade Organization [PO2, p. 61, ¶47], which is an international organization promoting free trade.
124. In view of the above, this situation fulfills the unforeseeability criterion provided for in the Hardship Clause.

iii. The tariff makes the Contract “more onerous” on CLAIMANT

125. The Hardship Clause also comprises an onerosity requirement, which is in line with what is usually perceived as hardship [cf. Lindström, §1; Azeredo da Silveira, p. 323; CISG-AC 7, ¶38; Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles; Art. 6:111(2) PECL; ICC Hardship Clause 2003, (2)(a)], including under the CISG, which will be demonstrated further below [infra, ¶152].
126. As demonstrated above, the imposition of the tariff resulted in a loss of 25% for CLAIMANT [supra, ¶117], which proves that it makes the fulfillment of the Contract more onerous.
127. CLAIMANT’s financial difficulties must also be taken into account when assessing the fulfillment of the onerosity requirement [cf. Brunner, pp. 436-437]. Indeed, CLAIMANT is in a strained financial situation [PO2, p. 57, ¶15; PO2, p. 59, ¶29]. After being close to insolvency in 2014, CLAIMANT could obtain new loans from the creditor’s committee. However, the extension of the loans is dependent on the achievement of certain milestones [PO2, p. 58, ¶21], and this will be significantly endangered if

CLAIMANT does not receive outstanding contractual payments [PO2, p. 59, ¶29].

128. Besides being aware of CLAIMANT's financial situation [PO2, p. 58, ¶22], RESPONDENT also knows about the impact that the 30% tariff had on the latter [PO2, p. 59, ¶28].
129. In conclusion, the tariff makes the Contract more onerous on CLAIMANT under the terms of the Hardship Clause. On the contrary, RESPONDENT would not be financially endangered if it bears the additional costs resulting from the imposition of the tariff [PO2, p. 59, ¶30].
130. On the basis of the above, all the criteria required by the Hardship Clause were met, classifying the situation that CLAIMANT is facing as hardship.

b. It was the intention of the Parties to include in the Hardship Clause tariffs such as the one at stake

131. The interpretation of the Hardship Clause must be carried out according to the rules of contract interpretation enshrined in Art. 8 CISG and Arts. 4.1-4.3 UNIDROIT Principles [*supra*, ¶¶37-38], which require that the intent of the Parties is taken into account. In order to determine the intent of the Parties, the Tribunal must analyze the negotiations between them [*supra*, ¶37].
132. If one is to analyze the whole process of the negotiations, it leaves no room for doubt: the intention of the Parties was to include in the Hardship Clause events such as the tariff imposed by the Government of Equatoria.
133. Firstly, CLAIMANT accepted RESPONDENT's suggestion of delivery on the basis of DDP under certain conditions: it was not willing to take risks associated with "changes in customs regulation or import restrictions" [*Exh. C4*, p. 12, ¶4], which includes the tariff at hand. Later, Mr. Krone, which was aware of the Parties' intention from the starting of the negotiations [PO2, p. 55, ¶5], suggested the wording of the hardship clause "[w]ith reference to the risks mentioned by Ms. Napravnik in her email of 31 March 2017" [PO2, p. 56, ¶12]. Furthermore, RESPONDENT resorts to

the above-mentioned email by CLAIMANT in its ANoA to justify the creation of a hardship clause but sheds a light on “the risk of changing health and security requirements” [ANoA, p. 30, ¶4], conveniently ignoring the part where CLAIMANT mentioned “customs regulation and import restrictions”. By resorting to that email, RESPONDENT is clearly placing importance on it to interpret the Parties’ will in order to conclude whether the tariff constitutes hardship.

134. Secondly, after referring to “past experiences” relating to “unforeseeable additional health and safety requirements” that increased “the cost by up to 40%”, CLAIMANT requested a hardship clause [Exh. C4, p. 12, ¶4]. This can only lead to the conclusion that CLAIMANT, when asking for the inclusion of such a clause, was asking for protection in cases where performance became significantly more onerous, *i.e.*, in cases similar to its past experience.
135. Thirdly, by agreeing on a DDP delivery, CLAIMANT’s aim was obviously not to place an extra burden on itself – especially during a strained financial situation [PO2, p. 57, ¶15; PO2, p. 59, ¶29] –, but rather to guarantee that both Parties could benefit from its experience in the transportation of frozen semen [NoA, p. 7, ¶18; Exh. C8, p. 17, ¶5]. In fact, RESPONDENT was the one to propose such a solution on the basis of CLAIMANT’s further experience [Exh. C3, p. 11, ¶2]. It is only logical that CLAIMANT insisted on a hardship clause so that it could be protected from certain risks, tariffs on imports included [Exh. C4, p. 12, ¶4].
136. Considering all the facts above, it is inevitable to conclude that RESPONDENT knew, or at least ought to have known that, with the Hardship Clause, CLAIMANT intended to leave heavy tariffs on imports out of its sphere of risk.
137. Should the Tribunal consider that the intention of the Parties cannot be established, it is undeniable that a reasonable third person of the same kind as RESPONDENT, when confronted with these facts, would reach the same conclusion [Art. 8(2) CISG; Art. 4.2 UNIDROIT Principles; *Chemical Products Case*].

c. If the Tribunal finds the wording unclear, it should apply the *contra proferentem* rule

138. Should the Tribunal find that the wording of the clause is not clear enough to conclude whether the tariff is included, then it should interpret it against RESPONDENT applying the *contra proferentem* rule.
139. According to this rule, if the terms of a certain provision are ambiguous, the provision should be interpreted against the party that drafted it [Art. 4.6 UNIDROIT Principles and Comment; Art. 5:103 PECL; Rosett, p. 288; Gaillard/Savage, p. 827; Nordic American Shipping A/S v. Bayoil Inc.].
140. The wording of the Hardship Clause was drafted by Mr. Krone [PO2, p.56, ¶12], RESPONDENT's representative replacing Mr. Antley after the accident.
141. Therefore, if the Hardship Clause is considered to be ambiguous, it should be interpreted against RESPONDENT, placing the 30% tariff within its scope.

2. The Contract should be adapted under the Hardship Clause

a. The Hardship Clause provides for the adaptation as a remedy to cases of hardship

142. By stating that “[s]eller shall not be responsible”, the force majeure and hardship clause clearly provides for CLAIMANT's exemption of liability in cases of non-performance, since it expressly refers to “lost semen shipments”, and in cases of delayed performance, *i.e.*, in cases of force majeure [Exh. C5, p. 14 (Clause 12)].
143. It is generally recognized that, in cases of hardship, the Parties have a duty to renegotiate the contractual terms [Brunner, p. 480; Horn, p. 28]. Albeit CLAIMANT's best efforts to comply with that duty, RESPONDENT made it impossible to reach an agreement [Exh. C8, p. 18, ¶4]. Thus, the only possible solution is adaptation of the Contract by this Tribunal [Art. 6.2.3(4)(b) UNIDROIT Principles; cf. Arts. 6:111(2) and 6:111(3)(b) PECL; ICC Harship Clause

3003 (2); *Lindström*, §II; *Brunner*, p. 214; *Horn*, p. 26; *ICC Case n. 16369*].

144. This is in accordance with the Parties' intention [Art. 8(1) CISG] since, when Ms. Napravnik mentioned to Mr. Antley that "it was important to have a mechanism in place which would ensure an adaptation of the Contract for the unlikely event that the Parties could not agree on an amendment", the latter agreed by stating that that should be the task of the arbitrators in the absence of an agreement by the Parties [Exh. C8, p. 17, ¶4].
145. Additionally, Ms. Napravnik stated that such clarification should be included "irrespective of the fact that from a legal point of view that was not necessary" [Exh. C8, p. 17, ¶4], since this is the expected remedy for these cases, as demonstrated above [*supra*, ¶142]. Due to the fact that the contractually agreed price was already paid and the goods were already delivered, the most appropriate type of adaptation in this case is adaptation of the price.
146. Furthermore, the fact that RESPONDENT accepted CLAIMANT's request to start renegotiations to "solve the issue of adaptation" demonstrates that RESPONDENT acknowledged the situation of hardship and the consequent need for adaptation of the Contract [PO2, p. 60, ¶35]. Thus, in the present case, it was the Parties' intention to provide for adaptation as a remedy to cases of hardship.
147. In light of the above, it is undeniable that the Hardship Clause provides for the adaptation of the Contract as a consequence of the imposition of the 30% tariff on agricultural goods from Mediterraneo by the Equatorianian authorities.

B. Alternatively, the CISG provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff

1. We are upon a case of hardship under Art. 79 CISG

148. Besides addressing cases of force majeure, Art. 79(1) CISG, which was not derogated by the Parties (a), is also applicable to cases of hardship (b), which includes the tariff imposed by the Government of Equatoria (c).

a. The Parties did not derogate Art. 79 CISG under the terms of Art. 6 CISG

149. Contrary to RESPONDENT's allegations [*ANoA*, p. 32, ¶20], the Hardship Clause does not derogate Art. 79 CISG under the terms of Art. 6 CISG.
150. Firstly, as stated in the latter, Art. 12 CISG establishes the terms under which parties may “derogate from or vary the effect of” CISG provisions. Art. 12 concerns the non-applicability of Arts. 11 and 29 and of Part II of the CISG in certain cases. Art. 79 is not related to the said provisions nor included in Part II.
151. Secondly, the CISG works as a back-up legal system to the Contract [*cf. Honnold*, ¶76]. Thus, it is clear that the latter specifies matters concerned with hardship without derogating the CISG provision that governs the same matter.
152. Therefore, notwithstanding the existence of the Hardship Clause in the Contract, provisions in the CISG that regulate the same issue are still applicable.

b. Art. 79 CISG is applicable to cases of hardship

153. Indeed, it is widely accepted that the word “impediments” in Art. 79 CISG includes economic impediments, placing the figure of hardship within its scope [*cf. Lindström*, §IV, ¶2.1; *Azeredo da Silveira*, p. 328; *Honnold*, ¶432.2; *CISG-AC* 7, ¶3.1; *Scafom v. Lorraine Tubes*].
154. Art. 7(1) requires that, when interpreting the CISG, “regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade”. Hence, Art. 79 must be interpreted as addressing both cases of force majeure and of hardship, as CLAIMANT will demonstrate below.
155. Firstly, the figure of hardship is provided for in jurisdictions all over the world [*cf. Horn*, pp. 18-20; *CISG-AC* 7, ¶26; *Azeredo da Silveira*, p. 322], as well as in international legal instruments that reflect international practices concerning sales law, such as the UNIDROIT Principles [*Arts. 6.2.2-6.2.3 UNIDROIT Principles*; *cf.*

Kotrusz, p. 139]. Therefore, taking into account the international character of the CISG, it is only logical to construe Art. 79 CISG as including hardship.

156. Secondly, to promote the uniform application of the CISG, it is crucial to place hardship within the scope of Art. 79, otherwise there is the risk that divergent solutions of national laws will be applied [*Schlechtriem I, fn. 422a*].
157. Thirdly, in light of the international doctrine of good faith, which requires parties to act reasonably [*Powers, p. 352*], it is only fair to conclude that Art. 79 must include a “limit of sacrifice”, beyond which a party cannot reasonably be expected to perform, due to the excessive onerosity [*cf. Rimke, p. 224; CISG-AC 7, ¶38, Lindström, §IV, ¶2.1*].
158. Furthermore, the history of the drafting of the CISG leads to the same conclusion. In fact, during the drafting process hardship was seen as being within the scope of Art. 79 [*Schlechtriem II, p. 236*]. Besides, the deletion of the word “only” from Art. 7(3) has been construed as meaning that, in cases of dramatic changes of circumstances, *i.e.*, hardship, contractual relations should not continue under the original terms [*Azeredo da Silveira, p. 334; Honnold, ¶435.1*].
159. In light of the above, Art. 79 must be interpreted as including cases of hardship.

c. The tariff at stake is within the scope of Art. 79

160. The situation CLAIMANT is facing fulfills the requirements of Art. 79(1). Therefore, this situation is considered a case of hardship under the CISG.
161. Firstly, it is obvious that this event constitutes an impediment beyond CLAIMANT’s control, since it is a measure taken by the Government of the country where RESPONDENT’s company is based [*cf. Egyptian Cotton Case*].
162. Secondly, CLAIMANT “could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract” [Art. 79(1) CISG]. As demonstrated above [*supra, ¶¶118-123*], the imposition of the tariff was completely

unforeseen. Therefore, it would not be reasonable to consider that CLAIMANT could have predicted the event.

163. Lastly, CLAIMANT “could not reasonably be expected [...] to have avoided or overcome [the impediment], or its consequences” [Art. 79(1) CISG]. It would be impossible for CLAIMANT to avoid the event or its consequences, since the imposition of tariffs on imports is completely out of its sphere of control, and CLAIMANT was not entitled to any exemption or reduction in the tariff [PO2, p. 58, ¶27]. On what concerns the overcoming of the situation, and despite of the fact that the tariff creates an extremely heavy burden, CLAIMANT still performed the Contract, according to what is required. On a clearly unprivileged position, CLAIMANT still attended RESPONDENT’s needs, after the latter had expressed how important the delivery of the goods was [Exh. C8, p. 18, ¶2]. CLAIMANT acted in such manner since it was led to believe by Mr. Shoemaker that it would get the price adaptation it was entitled to [NoA, p. 6, ¶13; Exh. C8, p. 18, ¶¶2-3].
164. Besides, CLAIMANT complied with the requirement laid out in Art. 79(4), since it informed RESPONDENT about the impediment right after it came to know about its existence [Exh. C7, p. 16].
165. On the basis of the above, it is evident that the tariff is within the scope of Art. 79.

2. Should the Tribunal consider that Art. 79 CISG is not applicable to cases of hardship, the gap should be filled through Art. 7(2) CISG

166. Should the Tribunal consider that Art. 79 CISG does not cover cases of hardship, it is inevitable to conclude that there is a gap in the CISG [Schlechtriem II, p. 236]. Gaps in the CISG must be filled “in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law” [Art. 7(2) CISG].
167. Hardship undeniably falls within the scope of the CISG, since the CISG applies to “the rights and obligations of the seller and the buyer” [Art. 4 CISG]. Hence, Art. 7(2) CISG is applicable [cf.

McKendrick, p. 1025; Kotrusz, p. 126]. Art. 7(2) presents two alternatives to fill gaps in the CISG: resort to the general principles of the CISG or resort to the law applicable by virtue of the rules of private international law. One must attend the second only when the first one did not allow for the filling [*cf. Art. 7(2) CISG; Kotrusz, p. 134; McKendrick, p. 1023, Bonell, pp. 82-83*].

168. The general principles contained in the CISG provide the necessary guidance to fill the gap, as will be demonstrated below.

a. This is a case of hardship according to the general principles of the CISG

169. By resorting to the general principles of the CISG, one is necessarily led to conclude that the imposition of the tariff is a case of hardship.

170. The general principles of the CISG might not always be expressly stated in it, but sometimes they have to be extracted from other provisions [*Lindström, §IV, ¶3; Koneru, p. 116*] and from its “substance, structure and spirit” [*Azeredo da Silveira, p. 339*].

171. Secondly, further to the fact that the Parties chose to apply the UNIDROIT Principles as the general contract law of Mediterraneo, and without disregard for what is stated below [*infra ¶¶185-186*], it is generally accepted that the general principles of the CISG are incorporated in the UNIDROIT Principles [*Scafom v. Lorraine Tubes, §IV; Magnus, §6b; Felemegas, Ch. 4, §2*]. Therefore, these Principles can serve the purpose of filling gaps in the CISG [*Felemegas, Ch. 4, §6(c); Bund, p. 392*].

172. Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles defines hardship as situations where “the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the Contract [...] because the cost of a party’s performance has increased [...]”. In the present case, the equilibrium was altered due to the increase in the cost of CLAIMANT’s performance, which resulted in a loss of 25%, when the profit margin used to be of 5% [*NoA, p. 7, ¶18*].

173. The same provision further lays down the criteria for a situation to be considered as hardship, which are all met in the present case. Paragraph (a) requires that “the events occur or become

known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract”.

174. The Contract was concluded on 6 May 2017 [*Exh. C5, p. 13, ¶1*], the tariff was imposed on 19 December 2017 [*Exh. C6, p. 15, ¶1*] and the inclusion of horse frozen semen became known to CLAIMANT on 20 January 2018 [*PO2, p. 58, ¶26*]. Regarding paragraph (b), which requires unforeseeability at the time of the conclusion of the Contract, as demonstrated above [*supra, ¶¶118-123*], the imposition of the tariff was undeniably unpredictable. Since this is a tariff on imports imposed by a foreign government, it is obvious that it is outside CLAIMANT’s control under the terms of paragraph (c). Lastly, as already established, the risk of such tariffs was not assumed by CLAIMANT under the terms of paragraph (d) [*supra, ¶¶132-136*].
175. Therefore, this constitutes a situation of hardship under Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles.

3. *The Contract should therefore be adapted under the general principles of the CISG*

176. Art. 79 CISG, although addressing hardship, only provides for a remedy for cases of non-performance, *i.e.*, exemption from liability. Since there is no provision expressly providing for a remedy in cases of hardship, particularly when the obligation was performed, the gap will have to be filled according to the general principles of the CISG [*supra, ¶166*].
177. It is indeed generally accepted that the remedy for cases of hardship is provided for in the CISG [*Azeredo da Silveira, p. 328; CISG-AC 7, ¶3.2*].

a. The Contract should be adapted according to the CISG

178. Considering that there is a gap as to adaptation as a remedy for hardship, the gap can be filled by applying the general principles of the CISG [*Schlechtriem II, p. 236*].
179. Firstly, the Tribunal must consider the principle of good faith [*Secretariat Commentary, p. 18; Bonell, p. 80; CISG-AC 7, ¶40*;

Schlechtriem II, p. 236; cf. *Kotrusz*, pp. 134-135; *Azeredo da Silveira*, fn. 1354]. Applying the principle of good faith to a case of hardship, such as the present, means that the Parties should find alternative contractual terms after the change of circumstances [cf. *Rosett*, p. 290; *Azeredo da Silveira*, p. 324; *CISG-AC* 7, ¶40; *Schlechtriem II*, p. 236].

180. Art. 50 CISG also contains a general principle that allows for an adaptation of the Contract in situations of hardship [*Azeredo da Silveira*, p. 344; *Schlechtriem II*, p. 237]. According to this article, the buyer is allowed to alter the price of the goods as a result of the disequilibrium of the Contract. This Tribunal cannot disregard that, in the present case, the tariff also caused a disequilibrium, being CLAIMANT the disadvantaged part, when it did not assume the risks in question.
181. As stated above, the UNIDROIT Principles can serve the purpose of filling gaps in the CISG, since they are considered to contain CISG's general principles [*supra*, ¶¶38, 170]. Indeed, they have been used to fill the gap in the CISG concerning the remedy for cases of hardship [*Scafom v. Lorraine Tubes*].
182. In accordance with Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles, CLAIMANT will demonstrate that the only appropriate remedy, *in casu*, is the adaptation of the Contract. The first remedy put forward by Art. 6.2.3, in its paragraph (1), provides for the request for renegotiations as a remedy, which “shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based”. Indeed, CLAIMANT requested renegotiations without undue delay, *i.e.*, on the same day it found out that the tariff included horse semen, and properly expressed the grounds for that request [*Exh. C7*, p. 16; *PO2*, p. 58, ¶26].
183. However, the renegotiations were unsuccessful since RESPONDENT made it impossible to reach an agreement [*supra*, ¶142]. Thus, pursuant to paragraph (3), CLAIMANT resorted to this Tribunal.
184. Subsidiarily, paragraph (4) provides for two different possible remedies. Terminating the Contract, as provided for in paragraph (4)(a), is not a proper solution to this case, since CLAIMANT's obligation was performed [*NoA*, p. 6, ¶13] and this was the last

shipment agreed to by the Parties [*Exh. C5, p. 14, (Clause 8)*]. Therefore, the only remedy available that is suitable to the present case is the one established in Paragraph (4)(b) – adaptation of the Contract in view of restoring its equilibrium.

185. In view of the above, the imposition of the tariff constitutes a case of hardship which requires the adaptation of the Contract under the principles of the CISG.

C. Additionally, the general contract law of Mediterraneo provides for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff

186. If the Tribunal considers that there is a gap in the CISG concerning hardship and that it cannot be filled by its general principles, then the Tribunal must resort to the second alternative of Art. 7(2) CISG. In order to fill the gap, this provision requires the resort to the law applicable by virtue of the rules of private international law. According to these rules, the applicable law is the general contract law of Mediterraneo [*Art. 2(1) Hague Principles, PO2, p. 61, ¶43*].

187. According to the general contract law of Mediterraneo, which is a verbatim adoption of the UNIDROIT Principles [*PO1, p. 53, ¶4*], the tariff at hand constitutes a case of hardship, as CLAIMANT demonstrated *supra* [*supra, ¶¶171-174*]. Therefore, the Contract should be adapted under Art. 6.2.3 of the UNIDROIT Principle [*supra ¶¶181-183*].

D. CLAIMANT is entitled to receive 30% of the price of the last shipment or, in any event, no less than 25%

188. When adapting the Contract, the Tribunal must restore its equilibrium [*Art. 6.2.3(4)(b) UNIDROIT Principles; cf. Lindström, §II; Horn, p. 28; Maskow, p. 663; Zaccaria, p. 171*]. *In casu*, this means that CLAIMANT should receive the total amount of the tariff paid.
189. In order to restore the equilibrium of the Contract, there must be “a fair distribution of the losses between the parties” [*Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles; Comment 7*].

190. Hence, firstly, the Tribunal must consider the risk assumed by the aggrieved Party [*UNIDROIT Principles, Art. 6.2.3, Comment 7; Brunner, p. 392; Azeredo da Silveira, p. 345*]. As demonstrated above, the Parties clearly left import tariffs outside CLAIMANT's sphere of risk [*supra, ¶132-136*].
191. Secondly, the Tribunal must take into account the benefit RESPONDENT received from CLAIMANT's performance [*Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles, Comment 7*]. Indeed, on the one hand, CLAIMANT delivered all the doses, fulfilling its contractual obligations [*NoA, p. 6, ¶13*]. On the other hand, RESPONDENT resold a considerable amount of the doses charging 20% more than the contractual agreed price the Parties' [*NoA, p. 8, ¶20; PO2, p. 57, ¶20*]. By doing so, RESPONDENT not only breached the agreement between the Parties, but also made profit out of this breach.
192. The Contract provided that the frozen semen was to be used for the breeding of defined mares "and others after information of the Seller" [*Exh. C5, p. 13, ¶3*]. This express information requirement was added by CLAIMANT in order to "prevent the resale of the doses" [*PO2, p. 57, ¶16*]. Hence, by failing to inform CLAIMANT that it would resell the doses, they ended up being used in non-authorized mares [*PO2, p. 57, ¶20*].
193. Furthermore, it was never CLAIMANT's intention to allow the reselling, nor did RESPONDENT ever show the intention to resell [*Art. 8(1) CISG*]. CLAIMANT stated that it would normally not sell such an amount of doses to a single breeder for "obvious reasons" [*Exh. C2, p. 10, ¶2*]. It is unquestionable that these obvious reasons referred to CLAIMANT's intention of not authorizing the reselling of the frozen semen without its "express written consent" [*Exh. C2, p. 10, ¶3*]. CLAIMANT's reasons to impose such a requirement relate to the fact that the price of the frozen semen depends on the mares for which it will be used [*PO2, p. 57, ¶19*]. Therefore, naturally, CLAIMANT wanted to have control of the use of Nijinski III's frozen semen.
194. Moreover, RESPONDENT, with its email from 21 March 2017, asked for the frozen semen of Nijinski III for its "purposes" of building a racehorse breeding programme [*Exh. C1, p. 9*].

Nowhere in that email can one find a reference to reselling purposes, neither explicitly nor implicitly, nor did RESPONDENT have the habit of reselling frozen semen [PO2, p. 57, ¶18].

195. Therefore, in the present case, restoring the equilibrium of the Contract – by promoting a fair distribution of the losses – means adapting the Contract to a point where CLAIMANT is restored to its initial position, having a profit margin of 5% [NoA, p. 7, ¶18].
196. On the basis of the above, the Tribunal is requested to hold that the Parties should be restored to their initial position. Thus, RESPONDENT should pay 30% of the price of the last shipment, which corresponds to the amount of the tariff – US\$ 1,500,000.
197. Should the Tribunal consider that the Parties should not be restored to their initial position, RESPONDENT should at least pay 25% of the price – which corresponds to US\$ 1,250,000 –, so as to mitigate CLAIMANT's loss.

CONCLUSION ON ISSUE III

198. According to the Hardship Clause, the CISG and the general contract law of Mediterraneo, CLAIMANT is facing a situation of hardship that requires the adaptation of the Contract. In order to restore the Contract's equilibrium, CLAIMANT is entitled to the payment of US\$ 1,500,000. In any event, CLAIMANT must receive, at a minimum, the amount corresponding to its loss – US\$ 1,250,000.

REQUEST FOR RELIEF

In light of the above, CLAIMANT respectfully requests the Tribunal to find that:

1. The Tribunal has jurisdiction to adapt the Contract;
2. The Evidence from the other arbitration proceedings must be admitted;
3. The situation that CLAIMANT is facing corresponds to a case of hardship;

4. CLAIMANT is entitled to receive outstanding contractual payments as a result of the adaptation of the Contract:

- 4.1. 30% of the price of the last shipment corresponding to the amount of US\$ 1,500,000.

- 4.2. In any event, no less than 25% of the price of the last shipment US\$ 1,250,000.

CLAIMANT reserves the right to amend its prayer for relief as may be required.

TABLE OF AUTHORITIES

- Abi-Saab** ABI-SAAB, Georges, *Dissenting Opinion (Decision On Respondent's Request For Reconsideration)*
Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3121.pdf> (consulted in 29 October 2018)
Cited in: ¶¶81, 83
- Azeredo da Silveira** SILVEIRA, Mercedeh Azeredo da – *Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Kluwer Law International (2014)
Cited in: ¶¶117, 124, 152, 154, 157, 169, 176, 178, 179, 189
- Bachand** BACHAND, Frédéric – *Do Transnational Rules Matter?*
in: BERG, Jan van den (ed) – *17 International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International (2013), pp. 389 – 395
Cited in: ¶¶48, 49
- Beisteiner** BEISTEINER, Lisa Barbara – *Adjusting contracts in arbitration?* Schohnerr, Roadmap 14
Available at: <http://roadmap2014.schoenherr.eu/adjusting-contracts-arbitration/> (consulted on 10 november 2018)
Cited in: ¶46
- Berger** BERGER, Klaus Peter – *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?*
in: BERG, Albert Jan van den (ed) – *13 International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International (2007), pp. 301-334
Cited in: ¶¶23, 24
- Berger II** BERGER, Klaus Peter – *Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense*
in: 17(1) *Arbitration International* (2001), pp. 1-18
Cited in: ¶¶32, 46

- Bermann** BERMANN, George A. – *International Arbitration and Private International Law*, The Hague Academy of International Law (2017)
Cited in: ¶22
- Bonell** BONELL, Michael Joachim – *Article 7*
in: *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987), pp. 65-94
Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html> (consulted on 15 November 2018)
Cited in: ¶¶166, 178
- Born I** BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International (2014)
Cited in: ¶¶29, 65, 66, 75, 84, 88, 91, 92, 97, 99
- Born III** BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, Second Edition, Kluwer Law International (2001)
Cited in: ¶64
- 1. Brekoulakis** BREKOULAKIS, Stavros L.; RIBEIRO, John; et al – *UNCITRAL Model Law, Chapter V, Article 19 [Determination of rules of procedure]*
in MISTELIS, Loukas A. (ed), *Concise International Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International (2015), pp. 879-880
Cited in: ¶65
- Brunner** BRUNNER, Christoph – *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*
in: 18 *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International (2008)
Cited in: ¶¶126, 142, 189
- Bund** BUND, Jennifer M. – *Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner*
in: 17 *Journal of Law and Commerce* (1998), pp. 381-413
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html> (consulted on 10 November 2018)
Cited in: ¶¶38, 170

- Buy** BUYS, Cindy Galway – *The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*
in: 14 American Review of International Arbitration (2003), pp. 121-138
Cited in: ¶99
- Cane/Shub** CANE, Marilyn Blumberg; SHUB, Patricia A. – *The Arbitrator’s Manual*
in: 9(3) Journal of International Arbitration, Kluwer Law International (1992), pp. 69-95
Cited in: ¶71
- Chuprunov** CHUPRONOV, Ivan Sergeevich – *Chapter 1: The Arbitration Agreement and Arbitrability: Effects of Contractual Assignment on an Arbitration Clause – Substantive and Private International Law Perspectives*
in: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et. al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (2012), pp. 31-61
Cited in: ¶29
- CISG-AC 7** GARRO, Alejandro M. – *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, CISG Advisory Council (2007)
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> (consulted on 10 October 2018)
Cited in: ¶¶ 154, 176, 178
- Cleary Gottlieb** *Cleary Gottlieb, The HKIAC Council Approves The 2018 Administered Arbitration Rules*
Available at:
<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2018/the-hkiac-council-approves-the-2018-administered-arbitration-rules.pdf> (consulted on 10 October)
Cited in: ¶86
- Commentary on the IBA Rules** IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999)
Cited in: ¶75

- Comrie-Thomson** COMRIE-THOMSON, Paul – *A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards*
in: 34(2) *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International (2017)
Cited in: ¶¶88, 99
- Cremades/Cortés** CREMADES, Bernardo M.; CORTÉS, Rodrigo – *The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis*
in: 23 *Journal of Arbitration Studies*, Korean Association of Arbitration Studies (2013), pp. 25-38
Cited in: ¶98
- Felemegas** FELEMEGAS, John, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*
in: *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (2000-2001), pp. 115-265
Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html> (consulted on 19 November 2018)
Cited in: ¶¶38, 170
- Gaillard/Savage** GAILLARD, Emanuel; SAVAGE, John – *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999), pp. 785-864
Cited in: ¶34, 36, 51, 52, 138
- Hay** HAY, Emily; *Winds of Change? Confidentiality and in International Commercial Arbitration*, in Carlos Gonzalez-Bueno (ed), 40 under 40 *International Arbitration* (2018), (© Carlos González-Bueno Catalán de Ocón; Dykinson, S.L. 2018) pp. 211 – 230
Cited in: ¶94, 97, 98, 100, 103
- Honnold** HONNOLD, John O. – *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague (1999)
Cited in: ¶57, 150, 152, 157

- Horn** HORN, Norbert – *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law*
 in: HORN, Norbert (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. (1985), pp. 15 et seq.
 Available at: <https://www.trans-lex.org/113700> (consulted on 1 November 2018)
 Cited in: ¶¶47, 142, 154, 187
- Koneru** KONERU, Phanesh – *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*
 in: 6 Minnesota Journal of Global Trade (1997), pp. 105-152
 Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>
 Cited in: ¶169
- Kotrusz** KOTRUSZ, Juraj – *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*
 in: Unif. L. Rev. (2009), pp. 119-163
 Cited in: ¶154, 166, 178
- Kubalczyk** KUBALCZYK, Anna Magdalena – *Evidentiary Rules in International Arbitration – A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation*
 in: *Groningen Journal of International Law*, vol 3(1): *International Arbitration and Procedure*, pp. 85-109
 Cited in: ¶103
- Lew** LEW, Julian D. M. – *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*
 in: BERG, Albert Jan van den (ed) – *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, 9 ICCA Congress Series, Kluwer Law International (1999), pp. 114-145
 Cited in: ¶22

- Lew/Mistelis** LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.
in: *Comparative International Commercial Arbitration*,
Kluwer Law International (2003), pp. 99-127
Cited in: ¶¶17, 24, 28, 66
- Lindström** LINDSTRÖM, Niklas – *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*
in: 1 Nordic Journal of Commercial Law (2006)
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> (consulted on 21 October 2018)
Cited in: ¶¶124, 142, 152, 156, 169, 187
- Magnus** MAGNUS, Ulrich – *General Principles of UN-Sales Law*
in: 59(3-4) *Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law* (1995)
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html> (consulted on 22 November 2018)
Cited in: ¶170
- Marghitola** MARGHITOLA, Reto: *Document Production: New Findings on an Old Issue*, 34(1) *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International (2016), pp. 78-94
Cited in: ¶73
- Marques** MARQUES, Ricardo Dalmaso – *A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional*
in 12(47) *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB (2015), pp. 7-37
Cited in: ¶¶12, 49
- Maskow** MASKOW, Dietrich – *Hardship and Force Majeure*
in: 40 *Am. J. Comp. L.* (1992), pp. 657 et seq.
Available at: <https://www.trans-lex.org/126400> (consulted on 4 November 2018)
Cited in: ¶187
- McKendrick** MCKENDRICK, Ewan – *Goode on Commercial Law*, Fourth Edition, Penguin Books (2010)
Cited in: ¶166

- Mehren/Salomon** MEHREN, George M. von; SALOMON, Claudia – *Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer’s Guide*
in: 20(3) Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International (2003), pp. 285-294
Cited in: ¶65
- Perillo** PERILLO, Joseph M. – *Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8*
Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni8.html> (consulted on 12 November 2018)
Cited in: ¶38
- Pilkov** PILKOV, Konstantin; *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*
Available at: https://www.researchgate.net/publication/308405085_Evidence_in_International_Arbitration_Criteria_for_Admission_and_Evaluation (consulted on 30 October 2018)
Cited in: ¶¶66, 70, 71, 75
- Powers** POWERS, Paul J. – *Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*
in: 18 Journal of Law and Commerce (1999), pp. 333-353
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html> (consulted on 10 October 2018)
Cited in: ¶156
- Redfern/Hunter** REDFERN, Ian; HUNTER, Martin J. – *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press (2009)
Cited in: ¶50
- Redfern/Hunter II** REDFERN, Ian AND HUNTER, Martin J. – *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004)
Cited in: ¶7

- Reisman/
Freedman** REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E – *The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication*, 730 Faculty Scholarship Series (1982).
Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/730 (consulted on 7 November 2018)
Cited in: ¶79
- Rimke** RIMKE, Joern – *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in: Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), pp. 197-243
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.htm> (consulted on 29 November 2018)
Cited in: ¶156
- Rosett** ROSETT, Arthur – *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* in: 45 Ohio State Law Journal (1984), pp. 265-305
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rossett.html> (consulted on 1 December 2018)
Cited in: ¶138
- Ruscalla** RUSCALLA, Gabriele – *Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?* in: 3(1) Groningen Journal of International Law, University of Groningen Press (2015), pp. 6-7.
Available at: https://grojil.files.wordpress.com/2015/05/grojil_vol3-issue1_ruscalla_.pdf (consulted on 3 November 2018)
Cited in: ¶98
- Schlechtriem I** SCHLECHTRIEM, Peter – *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna (1986)
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (consulted on 7 October 2018)
Cited in: ¶155

- Schlechtriem II** FLECHTNER, Harry M. – *Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more*
in: 18 Journal of Law & Commerce (1999), pp. 191-258
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html> (consulted on 20 October 2018)
Cited in: ¶157, 165, 177, 178, 179
- Schmidt-Ahrendts** SCHMIDT-AHRENDTS, Nils – *CISG and Arbitration*
in: Belgrade Law Review, Year LIX (2011), pp. 211-223
Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schmidt-ahrendts.html> (consulted on 11 November 2018)
Cited in: ¶55
- Secretariat Commentary** Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat (“Secretariat Commentary”), UN DOC. A/CONF. 97/5, 14 March 1979
Available at: <http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644#Article%207> (consulted on 2 November 2018)
Cited in: ¶178
- Smeureanu SMEUREANU, Ileana M. – *Confidentiality in International Commercial Arbitration*
in: 22 International Arbitration Law Library, Kluwer Law International (2011)
Cited in: ¶103
- 1. UNCITRAL Working Group II** United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), REPORT: *Settlement of commercial disputes: preparation of a legal standard on transparency in treaty-based investor-State arbitration*, Working Group II (Arbitration and Conciliation) of the work of its fifty-third session (Vienna, 4–8 October 2010), Doc. A/CN9/712
Cited in: ¶103

- UN Yearbook** *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, Volume XII (1981, New York, 1983*
Cited in: ¶65
- I. Waincymer** WAINCYMER, Jeffrey- *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International (2012)
Cited in: ¶¶17, 25, 51, 52, 63, 70, 73, 77, 79
- Zaccaria** ZACCARIA, Elena Christine – *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*
in: 9 *International Trade and Business Law Review* (2005), pp. 135-182
Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.pdf> (consulted on 30 November 2018)
Cited in: ¶187
- Zeller** ZELLER, Bruno – *The parol evidence rule and the CISG – comparative analysis*
in: 36(3) *Comparative International Law Journal of South Africa*, pp. 308-324
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller6.html#1> (consulted on 9 November 2018)
Cited in: ¶19

TABLE OF ARBITRAL DECISIONS

<i>Cited as</i>	<i>Reference</i>
<u>ICSID</u>	
<i>Azurix Corp v. Argentine Republic</i>	Azurix Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic Available at: https://www.italaw.com/cases/118 (consulted on 11 November 2018) Cited in: ¶85
<i>Caratube v. Kazakhstan</i>	Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12 Available at: https://www.italaw.com/cases/211 (consulted on 12 November 2018) Cited in: ¶80
<i>ConocoPhillips v. Venezuela</i>	ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30 Available at: https://www.italaw.com/cases/321 (consulted on 7 November 2018) Cited in: ¶81
<i>Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States</i>	Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1 Available at: https://www.italaw.com/cases/443 (consulted on 9 November 2018) Cited in: ¶97
<i>Tidewater v. Venezuela</i>	Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5 Available at: https://www.italaw.com/cases/1096 (consulted on 2 November 2018) Cited in: ¶64

ICC

ICC Case No. 2321 ICC Case No. 2321 of 1976
Preliminary Award
Cited in: ¶52

ICC Case No. 2626 ICC Case No. 2626 of 1977
Final Award
Cited in: ¶23

ICC Case No. 6840 ICC Case No. 6840 of 1991
Egyptian selles v Senegalese buyer
Final Award
Cited in: ¶22

ICC Case No. 16369 ICC Case No. 16369
Buyer (Switzerland) v. Seller (Kosovo)
Final Award
Cited in: ¶142

Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I. Trade Finance A.I. Trade Finance Inc. And Bulgarian Foreign Trade Bank V. Girocredit Bank Aktiengesellschaft Der Sparkassen, 1983
Available at: <https://arbitrationlaw.com/library/sweden-ai-trade-finance-inc-and-bulgarian-foreign-trade-bank-v-girocredit-bank> (consulted on 14 November 2018)
Cited in: ¶98

Licensor v. Licensee ICC Case No. 6363 of 1991
Final Award, 1991
Cited in: ¶97

Methanex Corporation v. United States Methanex Corporation v. United States of America, 2005
Available at: <https://www.italaw.com/cases/683> (consulted on 17 November 2018)
Cited in: ¶80

Nordic American Shipping A/S v. Bayoil Inc. Case No. 2972 of 1993
Society of Maritime Arbitrators, Inc., New York, Award No. 2972, Nordic American Shipping A/S v. Bayoil Inc.
Final Award
Available at: <https://www.trans-lex.org/250300> (consulted on 30 November 2018)
Cited in: ¶138

Owerri

Comercial

Owerri Comercial Inc v. Dielle Sri, 1994

Court of Appeal – The Hague

Cited in: ¶27

Sulamerica v

Enesa

Case No. A3/2012/0249 of 2012

Sulamerica Cia Nacional De Seguros S.A. V. Enesa Engenharia S.A.

Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> (consulted on 21 October 2018)

Cited in: ¶¶22, 25

TABLE OF COURT DECISIONS

Corfu Channel Case United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania
International Court of Justice
9 April 1949
Available at:
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf> (consulted on 18 November 2018)
Cited in: ¶79

Australia

Esso Australia Resources v. Plowman Esso Australia Resources Ltd And Others v. The Honourable Sidney James Plowman And Others
7 April 1995
High Court of Australia
Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sino-disp/au/cases/cth/HCA/1995/19.html> (consulted on 8 November 2018)
Cited in: ¶98

Belgium

Scafom v. Lorraine Tubes Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.
19 June 2009
Belgium Court of Cassation
Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>
(consulted on 15 October 2018)
Cited in: ¶¶38, 170, 180

Egypt

Egyptian Cotton Case FCF S.A. v. Adriafil Commerciale S.r.l.
15 September 2000
Cour de Justice du canton de Genève
Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s1.html> (consulted on 28 November 2018)
Cited in: ¶160

France

Dalico Decision Municipalité De Khoms El Mergeb v. Société Dalico
20 December 1993
Cour de Cassation
Available at:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314> (consulted on 20 October 2018)
Cited in: ¶50

India

NTPC v. Singer National Thermal Power Corporation v. Singer Company
7 May 1992
Supreme Court of India
Available at: <https://indiankanoon.org/doc/633347/>
(consulted on 23 October)
Cited in: ¶24

Singapore

BCY v. BCZ Case BCY v. BCZ
17 August 2016
Singapore High Court
Available at: [https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-\(for-release\)-\(08-11-2016\)-pdf.pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-(for-release)-(08-11-2016)-pdf.pdf) (consulted on 2 December 2018)
Cited in: ¶30

BQP v. BQQ Case BQP v. BQQ
14 March 2018
Singapore High Court
Available at:
[https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/\[2018\]%20SGHC%2055.pdf](https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/[2018]%20SGHC%2055.pdf) (consulted on 20 October 2018)
Cited in: ¶59

Spain

Coffee Case

Buyer v. Seller (Judgment No. 120/2011)

17 March 2011

Tribunal Supremo de España

Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/110317s4.html> (consulted on 11 November 2018)

Cited in: ¶37

Switzerland

Chemical

Products Case

Company X AG v. Company Y GmbH

5 April 2005

Bundesgericht – Supreme Court

Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050405s1.html>] (consulted on 19 November 2018)

Cited in: ¶¶19, 37, 42, 45, 136

United Kingdom

Arsanovia v.

Cruz City

Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings

20 December 2012

England and Wales High Court

Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/3702.html> (consulted on 27 October 2018)

Cited in: ¶25

Hassneh

Insurance v.

Stewart J. Mew

Hassneh Insurance Co of Israel v. Stuart J Mew

22 December 1992

High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court

In: REDFERN, Ian AND HUNTER, Martin J. – *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004)

Cited in: ¶104

Habas Sinai

Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi As v. Vsc Steel Company Ltd

19 Dec 2013

High Court Of Justice Queen's Bench Division Commercial Court

Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/4071.html> (consulted on 2 November 2018)

Cited in: ¶22

Premium Nafta Products Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited
17 October 2007
House of Lords
Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/ship-1.htm> (consulted on 3 November 2018)
Cited in: ¶52

United States

Calzaturificio Claudia v. Olivieri Footwear Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.
6 April 1998
U.S. District Court, Southern District of New York
Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980406u1.html> (consulted on 12 November 2018)
Cited in: ¶58

Filanto v. Chilewich Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.
14 April 1992
U.S. District Court, Southern District of New York
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html> (consulted on 10 November 2018)
Cited in: ¶58

Iran Aircraft Industries v. Avco Corporations Iran Aircraft Industries And Iran Helicopter Support And Renewal Company v. Avco Corporation
24 November 1992
United States Court of Appeals, Second Circuit.
Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/980/141/335534/> (consulted on 4 November 2018)
Cited in: ¶66

MCC – Marble Ceramics v. Ceramica Nova MCC – Marble Ceramic Center, Inc., v. Ceramica Nuova
29 June 1998
United States Court of Appeals, Eleventh Circuit.
Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1365107.html> (consulted on 6 November 2018)
Cited in: ¶58

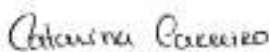
CERTIFICATE

We hereby certify that this Memorandum was written only by the persons whose names are listed below and who signed this certificate:

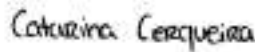
Lisbon, 6 December 2018



CAROLINA ROQUE



CATARINA CARREIRO



CATARINA CERQUEIRA

TWENTY-SIXTH ANNUAL

Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

Vienna, 13 April To 18 April 2019

Nova University of Lisbon, School of Law

Memorandum for Respondent

Arbitral Proceedings No. HKIAC/A18128

On behalf of:

Against:

Black Beauty Equestrian

v.

Phar Lap Allevamento

Respondent

Claimant

2 Seabiscuit Drive, Oceanside

Rue Frankel 1, Capital City

Equatoriana

Mediterraneo

COUNSEL FOR RESPONDENT:

CAROLINA ROQUE • CATARINA CARREIRO • CATARINA CERQUEIRA

TABLE OF CONTENTS

Table of Contents	232
Table of Abbreviations	236
Statement of Facts	239
Introduction	242
Arguments	242
ISSUE I: THE TRIBUNAL DOES NOT HAVE JURISDICTION NOR THE POWERS TO ADAPT THE CONTRACT	
A. <i>The Parties agreed on the law of Danubia to govern the interpretation of the Arbitration Agreement</i>	242
1. There was an express agreement between the Parties to apply the law of Danubia to the Arbitration Agreement	243
2. If the Tribunal considers that there was not an express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties	245
a. There was an implied choice to apply the law of the seat to the Arbitration Agreement	245
b. The applicability of the law of the seat to the Arbitration Agreement complies with the principle of separability	246
B. <i>In light of the Danubian law, the Arbitration Agreement does not grant this Tribunal the necessary powers to adapt the Contract</i>	247
1. The four corners rule is applicable and excludes any external evidence for the interpretation of the Arbitration Agreement	248
2. This Tribunal is bound to an express authorisation by the Parties, which was never granted	250
C. <i>Even if the Tribunal does not find the law of Danubia to be applicable, it does not have the powers to adapt the Contract</i>	251
1. The Parties' intention was never to allow the adaptation of the Contract by the Tribunal	251

a. Under a subjective interpretation, it was the Parties intention to exclude any exceptional powers from the Tribunal, such as the ones concerning contract adaptation	252
b. Under an objective interpretation, it was the Parties intention to exclude any exceptional powers from the Tribunal, such as the ones concerning contract adaptation	253
2. The Tribunal lacks the powers to adapt the Contract, since there was no express authorisation by the Parties	253
3. By adapting the Contract, the Tribunal would be disregarding the principle of <i>pacta sunt servanda</i>	254
Conclusion on issue I	255

ISSUE II: THE TRIBUNAL MUST REFUSE THE SUBMISSION OF THE PARTIAL INTERIM AWARD BY CLAIMANT

A. <i>The Partial Interim Award is not relevant to the case nor material to its outcome</i>	256
1. The Partial Interim Award is not relevant to the case	256
2. The Partial Interim Award is not material to the outcome of the case	258
B. <i>The Tribunal must not admit unlawfully obtained evidence</i>	258
1. CLAIMANT was involved in the disclosure of the Partial Interim Award	259
2. The inadmissibility of the Partial Interim Award would have a deterrent effect	260
C. <i>Confidentiality does constrain the discretionary power of the Tribunal</i>	261
1. The Partial Interim Award is not publicly available	261
2. The applicable procedural rules forbid the disclosure of the Partial Interim Award	261
3. A balance of interests leads to the inadmissibility of the Partial Interim Award	264
Conclusion on issue III	264
Substantive Issues	265

ISSUE III: CLAIMANT IS NOT ENTITLED TO THE PAYMENT
OF US\$ 1,250,000 UNDER THE HARDSHIP CLAUSE

A. <i>The imposition of the tariff is not a case of hardship under the terms of the Hardship Clause</i>	265
1. The Hardship Clause provides for a narrow definition of hardship	266
a. A subjective interpretation of the Hardship Clause reflects a narrow definition of hardship	266
b. An objective interpretation of the Hardship Clause reflects a narrow definition of hardship	267
2. The imposition of the tariff falls outside the scope of the Hardship Clause	269
a. The imposition of the tariff does not fulfil the unforeseeability requirement	269
b. The imposition of the tariff does not fulfil the onerosity requirement	270
i. The change of circumstances is not significant	270
ii. CLAIMANT's financial situation must not be taken into account	271
B. <i>The Hardship Clause does not entitle CLAIMANT to the adaptation of the contractual price</i>	271
Conclusion to Issue III	272

ISSUE IV: CLAIMANT IS NOT ENTITLED TO THE PAYMENT
OF US\$ 1,250,000 UNDER THE LAW GOVERNING THE CONTRACT

A. <i>CLAIMANT is not entitled to the adaptation of the contractual price due to hardship under Art. 79 CISG</i>	273
1. Art. 79 CISG is not applicable to the Parties' dispute	273
a. Art. 79 CISG does not govern hardship	273
b. Should the Tribunal consider that Art. 79 governs hardship, this provision does not allow the adaptation of the Contract	274
c. In any case, the Parties derogated from Art. 79 CISG	275

2. Should the Tribunal consider that Art. 79 CISG governs the Parties' dispute, the requirements set by this provision are not met	276
<i>B. The UNIDROIT Principles do not provide for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff</i>	278
1. The UNIDROIT Principles cannot be used as general principles of the CISG to fill its gaps	278
2. Even when applying the UNIDROIT Principles as the contract law of Mediterraneo, CLAIMANT is not facing hardship and is not entitled to the adaptation of the Contract	278
a. The imposition of the tariff is not a case of hardship under Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles	279
b. Should the Tribunal consider that the imposition of the tariff is a case of hardship, the Contract must not be adapted under Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles	280
<i>C. RESPONDENT is not undertaking contradictory behaviour</i>	281
Conclusion on issue IV	282
Request for Relief	282
Table of Authorities	283
Table of Arbitral Awards	295
Table of Court Decisions	297
Certificate	305

TABLE OF ABBREVIATIONS

¶/¶¶	Paragraph/Paragraphs
§	Section
AAA	American Arbitration Association
AAA Rules	AAA's Commercial Disputes Arbitration Rules and Mediation Procedures
ANoA	Answer to Notice of Arbitration
Apud	In the writings of
Arbitration Clause	
Art./Arts.	Article/Articles
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (see)
Ch.	Chapter
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Cl. Memo.	Memorandum for Claimant of the University of Lausanne
DAA	Dutch Arbitration Act
<i>E.g.</i>	<i>Exempli gratia</i> (for example)
EC	European Convention
Ed.	Edition
<i>Et. al.</i>	<i>Et alii</i> (and others)
Exh. C	CLAIMANT's Exhibit
Exh. R	RESPONDENT's Exhibit
<i>Fn.</i>	Foot note
GAA	German Arbitration Act
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
HKIAC 2013 Rules	HKIAC Administered Arbitration Rules of 2013
HKIAC Rules	HKIAC Administered Arbitration Rules of 2018
<i>I.e.</i>	<i>Id est</i> (that is)
IBA	International Bar Association

IBA Rules	IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, adopted by a resolution of the IBA Council in 29 May 2010
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (in the same place)
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
<i>In casu</i>	In the case at hand
<i>Infra</i>	Below
Inter alia	Among other things
LCIA	London Court of International Arbitration
LCIA Rules	LCIA Arbitration Rules
Ltd.	Limited
Model Law	UNCITRAL Model-Law on International Commercial Arbitration of 1985, with amendments as adopted in 2006
Mr. / Ms.	Mister / Missus
No.	Number
NoA	Notice of Arbitration
NY Convention	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1958)
P. / Pp.	Page / Pages
Parties	CLAIMANT and RESPONDENT
PECL	Principles of European Contract Law
PO1	Procedural Order No. 1
PO2	Procedural Order No. 2
<i>Quod non</i>	Which it does not
SAA	Swedish Arbitration Act
Sect.	Section
<i>Supra</i>	See above
Tribunal	Arbitral Tribunal
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Model-Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT Principles	Principles UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)
UNIDROIT Principles 1994	Principles UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994)
US	United States
US\$	United States Dollars
V.	Versus (against)
Working Group	United Nations Commission on International Trade Law

STATEMENT OF FACTS

Black Beauty Equestrian (“RESPONDENT”) is a company based in Equatoriana, famous for its broodmare lines. RESPONDENT is currently building up its own racehorse breeding program, with the intention of becoming a leading breeder. For that purpose, RESPONDENT has invested in promising first-class mares and it is now seeking matching stallions.

Phar Lap Allevamento (“CLAIMANT”) is a company located in Mediterraneo that manages a renown stud farm. Additionally, CLAIMANT offers frozen semen from its top-class racehorses.

- | | |
|----------------------|---|
| 21 March 2017 | As a result of a temporary lifting of a ban on artificial insemination for racehorses in Equatoriana, RESPONDENT contacted CLAIMANT asking for one hundred doses of frozen semen from the champion stallion Nijinski III. |
| 24 March 2017 | Taking into account RESPONDENT’s exceptional reputation in other sections of horse sports, CLAIMANT accepted to provide RESPONDENT with the number of doses requested. |
| 28 March 2017 | Acknowledging CLAIMANT’s greater experience in the delivery of frozen semen, RESPONDENT asked for a delivery on the basis of Delivered Duty Paid (“DDP”). |
| 31 March 2017 | CLAIMANT accepted DDP delivery against a price increase and expressed its concerns with the additional risks taken, proposing the creation of a hardship clause to temper some of those risks, which RESPONDENT accepted. |
| 10 April 2017 | RESPONDENT proposed an arbitration agreement governed by the law of Equatoriana and providing for arbitration in the same country. |

- 11 April 2017** Since choosing the arbitration seat in the country of the counterparty would require a special authorization from CLAIMANT's creditors' committee, CLAIMANT suggested that the arbitration would be seated in a neutral country: Danubia.
- 6 May 2017** CLAIMANT and RESPONDENT ("Parties") concluded the Frozen Semen Sales Agreement ("Contract"), which included a narrow hardship clause ("Hardship Clause") and an arbitration agreement ("Arbitration Agreement"), conceding limited powers to the Arbitral Tribunal ("Tribunal").
- 19 December 2017** The Government of Equatoria imposed a 30% tariff on all agricultural goods from Mediterraneo as a retaliation against the tariff imposed by the latter. This came as no surprise, since Equatoria had already had a similar reaction.
At the time, CLAIMANT failed to confirm whether horse semen was included in the goods.
- 20 January 2018** Only three days before the last shipment was due, CLAIMANT sent an email to Mr. Shoemaker, the veterinary responsible for RESPONDENT's breeding program, urging for a solution under the penalty of keeping the shipment on hold.
- 21 January 2018** Mr. Shoemaker contacted CLAIMANT. However, since he lacked the necessary powers to bind RESPONDENT to a legal solution, he merely highlighted the importance of a timely delivery. CLAIMANT then agreed to unlock the shipment and to pay the tariff.
- 12 February 2018** After CLAIMANT's insistence on changing the contractual terms, RESPONDENT accepted to meet in order to clarify that the slight cost increase resulting from the tariff did not amount to hardship, and therefore no renegotiations were needed.

- 31 July 2018** As the Parties did not reach an understanding, CLAIMANT submitted its Notice of Arbitration (“NoA”) requesting the Arbitral Tribunal (“Tribunal”) to adapt the Contract so that it would reflect the cost increase caused by the tariff, although the Parties did not confer such powers to the arbitrators.
- 24 August 2018** By its turn, RESPONDENT filed its Answer to the NoA (“ANoA”).
- 2 October 2018** CLAIMANT informed the Tribunal about other arbitration proceedings in which RESPONDENT was involved. Although the referred proceedings were confidential, CLAIMANT actively tried to obtain confidential documents with the intention of submitting them as evidence.
At last, a company accepted to provide the Partial Interim Award that had been issued (“PIA”) against the payment of a significant amount.

INTRODUCTION

1. Contracts must be performed in accordance with what was agreed upon by the parties. The business world would not survive if every slight change of circumstances could result in a complete alteration of the contractual terms by one of the parties. CLAIMANT is clearly now attempting to evade the risks that it specifically assumed when agreeing on a delivery on the basis of DDP.
2. In a demonstration of good will, RESPONDENT accepted to limit CLAIMANT's sphere of risk with the Hardship Clause. Nonetheless, not every minor difficulty represents hardship, especially not when it ought to have been expected. Perfectly aware of this, CLAIMANT is yet stating that a trivial increase of 15% of the overall cost is to be supported by RESPONDENT, ignoring the risks it assumed. Notwithstanding, neither the Hardship Clause (Issue III) nor the law applicable to the Contract (Issue IV) support CLAIMANT's misleading allegations.
3. On what concerns procedural issues, CLAIMANT's inconsistencies have tainted these proceedings. Firstly, CLAIMANT is trying to manipulate the Parties' Arbitration Agreement regarding the powers of the Tribunal by asking for the adaptation of the contractual terms (Issue I). Secondly, CLAIMANT is seeking reliance on confidential documents obtained in an unlawful manner by itself (Issue II).

ARGUMENTS

ISSUE I: THE TRIBUNAL DOES NOT HAVE JURISDICTION NOR THE POWERS TO ADAPT THE CONTRACT

4. This Tribunal does not have the necessary jurisdiction or powers to adapt the Contract. RESPONDENT will demonstrate that the Parties agreed on the Contract Law of Danubia to govern the interpretation of the Arbitration Agreement (A). The latter excludes any adaptation powers of the Tribunal without an express conferral by the Parties [*ANoA*, p. 31, ¶13]. Thus, the scope of the

Arbitration Agreement has to be construed accordingly (B). But even if the law of Danubia was not applicable, the Tribunal would still not have the necessary powers to adapt the Contract (C).

A. The Parties agreed on the law of Danubia to govern the interpretation of the Arbitration Agreement

5. As CLAIMANT states [*Cl. Memo.*, p. 4, ¶6], there is no specific provision within the final version of the Arbitration Agreement regarding the applicable law to its interpretation. Nonetheless, the Parties expressly agreed to have the law of Danubia as the one governing the interpretation of the Arbitration Agreement (1). If the Tribunal does not consider so, it must hold that the Parties impliedly agreed on the law of Danubia for the interpretation of the Arbitration Agreement (2).

1. There was an express agreement between the Parties to apply the law of Danubia to the Arbitration Agreement

6. Contrary to what CLAIMANT wrongfully states [*Cl. Memo.*, p. 5, ¶7], there was in fact an agreement between the Parties concerning the applicable law to the interpretation of the Arbitration Agreement. Therefore, one must apply the first criterion on Art. 36.1 HKIAC Rules, which provides that the Tribunal “shall decide the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon by the parties” [*Art. 36.1 HKIAC Rules*]. Even though this article refers specifically to the “substance” of the dispute, in the “spirit of these Rules”, the Tribunal must always decide in accordance with the rules of law agreed to by the Parties on what concerns the Arbitration Agreement [*Art. 13.1, 13.9 HKIAC Rules*]. Indeed, the principle of party autonomy tells us that it could not be in any other way [*Redfern/Hunter II*, p. 315]. Thus, the Tribunal must rely on the law of Danubia to construe the Arbitration Agreement.
7. RESPONDENT made clear to Ms. Napravnik that the logical option would be to apply the same law of the seat to the interpretation of the Arbitration Agreement and CLAIMANT agreed. Indeed, in

the very first draft of the Arbitration Agreement, RESPONDENT specifically chose a model clause that contained an explicit reference to the law governing it, in the hope of avoiding the uncertainties resulting from the absence of choice [*Exh. R1, p. 33, ¶1*]. Furthermore, RESPONDENT highlighted the fact that arbitration would have its seat in Equatoria and would be governed by the law of that same country [*Exh. R1, p. 33, ¶1*].

8. Ms. Napravnik said that it would be impossible to provide for dispute resolution in the country of the counterparty, *i.e.*, Equatoria, as it would burden CLAIMANT with the need for a “special approval by the creditors committee” [*Exh. R2, p. 34, ¶1*]. Because of that and in order “[t]o avoid any further futile discussion”, Ms. Napravnik herself suggested for arbitration in a neutral country, disregarding the question of the applicable law [*Exh. R2, p. 34, ¶1*]. In its turn, as a demonstration of its willingness to facilitate the commitment between the Parties, RESPONDENT promptly accepted it, logically assuming that the Arbitration Agreement would be submitted to the same neutral law of the place, *i.e.*, the law of Danubia. CLAIMANT’s position of submitting the interpretation of the Arbitration Agreement to the law of one of the Parties would not be coherent with the purpose of choosing a neutral place for the arbitration as agreed by the Parties.
9. Additionally, Ms. Napravnik expressly assured that the offer would be on the condition that “the law applicable to the Sales Agreement remains the law of Mediterraneo” [*Exh. R2, p. 34, ¶4*]. By not raising any objections as to RESPONDENT’s proposal of having the law of the seat governing the Arbitration Agreement, CLAIMANT agreed with it. Hence, there was a true meeting of the minds concerning the applicability of the law of Danubia to govern the Arbitration Agreement [*Schlechtriem II, p. 221; Zeller, Part II (iii); Chemical Products Case*].
10. In conclusion, although an express reference was not included in the Arbitration Agreement, the Tribunal must hold that there was an express agreement made by both Parties in order to apply the law of the seat to the interpretation of the Arbitration Agreement.

2. If the Tribunal considers that there was not an express agreement, it must hold that there was an implied choice by the Parties

11. As Claimant stated, in the absence of an agreement by the Parties, the Tribunal must decide in accordance with the rules it deems appropriate [*Cl. Memo.*, p. 5, ¶7; Art. 36.1 HKIAC Rules]. Thus, if the Tribunal considers that there was not an express agreement between the Parties, it should consider the law of the seat as applicable to the interpretation of the Arbitration Agreement, since there was an implied choice (a). This understanding complies with the internationally recognized principle of separability (b).

a. There was an implied choice to apply the law of the seat to the Arbitration Agreement

12. CLAIMANT asserts that the Parties made an implied choice of the law that should govern the Arbitration Agreement during the negotiations [*Cl. Memo.*, p. 7, ¶20]. RESPONDENT cannot disagree with this statement. However, this choice was made when the Parties decided the seat for the arbitration and not when they decided the law applicable to the Contract.
13. Contrary to what CLAIMANT states [*Cl. Memo.*, p. 7, ¶21], in the absence of an express choice of law concerning the interpretation of the arbitration agreement by the parties, it is generally accepted that the law of the seat is to be considered as an implied choice of the parties to the agreement [*Arts. 34(2)(a)(i), 36(1)(a)(i) Model Law; Art. VI (a) and (b) EC; Sect. 1059(2) (1.a) and 1060(2) GAA; Art. 1073 DAA; Sect. 48 SAA; Berger I, p. 316; Jec v. Ringling, XL Insurance v. Owens Corning*]. The rationale behind this understanding is the closest connection test [*Berger I, p. 315; C v. D*]. Indeed, an agreement to arbitrate will be more closely connected to the law of the seat as the place of performance of the arbitration agreement than with any other country [*Redfern/Hunter, p. 161; Berger I, p. 315; Sulamerica Case*].
14. The relevance of the law of the seat as the closest to the proceedings is undisputed, especially if we consider the Tribunal's duty to render an enforceable award [*Lew/Mistelis, p. 125; ICC Case No.*

5485]. As it is generally recognized, to determine the validity or to interpret the arbitration agreement according to the same rules of the place of arbitration is the most prudent way to ensure an enforceable award. Indeed, an award that does not comply with those norms can be annulled or enforcement can be refused on the basis of Art. V(1)(a) of the New York Convention, supporting the presumption that the law applicable to the arbitration agreement shall be that of the place of arbitration [*Lew/Mistelis*, p. 125; *Waincymer*, p. 168; *Lew*, p. 142; *Redfern/Hunter*, p. 161; *Maternaco v. PPM Cranes; Sulamerica Case*].

15. Hence, the choice of the seat must be construed as an indirect choice by the Parties of the “external” controlling law and of the key supervisory court, which determines the legal framework of the arbitration process [*Berger I*, pp. 315, 345; *Waincymer*, p. 169; *India v. McDonnell Douglas*].
16. Moreover, and contrary to CLAIMANT’s attempt to deceive this Tribunal [*Cl. Memo*, p. 7, ¶21], a general choice of substantive law in a commercial contract is widely construed as dealing merely with the balance of the contract and not with the arbitration agreement itself [*Waincymer*, p. 135]. Furthermore, extending the general choice of the governing law clause to the Arbitration Agreement would be completely incoherent with the Parties agreement of having Danubia as the seat while having the substance of the dispute ruled by the law of another country [*Berger I*, p. 320; *XL Insurance v. Owens Corning*].
17. Therefore, by choosing Danubia as the seat of the arbitration, this Tribunal must consider that the Parties have impliedly chosen the law of the same country to rule the interpretation of the Arbitration Agreement. Any contrary decision might lead to an unenforceable award that frustrates the whole purpose of the Arbitration Agreement itself.

b. The applicability of the law of the seat to the Arbitration Agreement complies with the principle of separability

18. The principle of separability is enshrined in all leading arbitration laws [*Art. 19.2 HKIAC Rules*, *Art. 16 Model Law*; *Waincymer*, p. 132].

Accordingly, the Arbitration Agreement should be treated as an independent agreement of the other terms of the Contract [*ibid.*]. Indeed, as recognized by CLAIMANT itself, this doctrine “ensures that the arbitration clause does not share the fate of the main contract when the validity of the latter is affected” [*Cl. Memo.*, p. 6, ¶13].

19. However, while it does not imply that the law of the arbitration agreement is necessarily different from the law of the contract [*Cl. Memo.*, p. 6, ¶13], it certainly excludes an automatic extension of the law of the contract to the arbitration agreement [*Berger I*, p. 319; *Bulbank Case*]. Indeed, the hybrid character of the arbitration agreement, involving both substantive and procedural aspects, as opposed to the nature of the main contract, must not be disregarded [*Berger I*, p. 319].
20. The question of separability must be analyzed simultaneously with the principle of party autonomy, meaning that the parties do have the freedom to choose the law applicable to their arbitration agreement. The latter might be different from the one of the contract, as in fact it is a common practice [*Born*, p. 472]. In this sense, this Tribunal must not disregard that both Parties deliberately decided to place the choice of law applicable to the Contract in a different clause from the Arbitration Agreement [*Exh. C5*, p. 14, (Clause 14), (Clause 15); *ANoA*, p. 32, ¶17]. Thus, the fact that the Parties agreed on the law of Mediterraneo to rule the Contract must not be seen as an implied choice for the same law to rule the Arbitration Agreement.
21. In light of the above, the Tribunal must hold that the Parties did agree on the law of Danubia to govern the interpretation of the Arbitration Agreement, either expressly or impliedly. Hence, this Tribunal must decide accordingly, relying on the Danubian law.

B. In light of the Danubian law, the Arbitration Agreement does not grant this Tribunal the necessary powers to adapt the Contract

22. CLAIMANT holds that the four corners rule is not applicable to the case at hand [*Cl. Memo.*, p. 5, ¶11]. However, RESPONDENT will shed light on the fact that, since the Arbitration Agreement

must be construed according to the Danubian law [*supra*, ¶¶6-21], the four corners rule is applicable *in casu* (1). The Danubian law also provides that, in order to adapt the Contract, this Tribunal is bound to an express authorization by the Parties, which was never granted (2). Thus, the Tribunal must hold that this Arbitration Agreement excludes the possibility of the adaptation of the Contract by the Tribunal.

23. The Parties chose the law of Danubia to govern the Arbitration Agreement [*supra*, ¶¶6-21]. Thus, this Tribunal must rely on the Danubian Contract Law to interpret the Arbitration Agreement and on the Danubian Arbitration Law for all procedural matters not settled by the HKIAC Rules, such as the case at hand.
24. Danubian Contract Law is a “largely verbatim adoption of the UNIDROIT Principles” with two substantial differences [PO2, p. 61, ¶45]. Firstly, the rule for the interpretation of contracts is the four corners rule, which excludes any external evidence when the wording is clear [ANoA, p. 32, ¶16; PO2, p. 61, ¶45]. Secondly, the Tribunal is only invested with the powers to adapt contracts when expressly authorized by the Parties [PO2, p. 61, ¶45].
25. On what concerns the arbitration law, Danubia has adopted the Model Law [PO1, p. 52, ¶4]. However, there is consistent jurisprudence in Danubia demonstrating that Art. 28(3) Model Law contains a general standard requiring an express authorization to the conferral of exceptional powers to the arbitral tribunal [PO2, p. 60, ¶36]. The adaptation of contracts is included in the notion of exceptional powers [*ibid.*].
26. Consequently, since the Parties did not confer such authorization, the Tribunal lacks the powers to adapt the Contract.

1. The four corners rule is applicable and excludes any external evidence for the interpretation of the Arbitration Agreement

27. CLAIMANT argues that the four corners rule shall not be applied since there is “no mention about the applicable law to the interpretation of the arbitration agreement” and RESPONDENT’S

argumentation is contradictory [*Cl. Memo.*, p. 7, ¶17]. CLAIMANT's position is misleading, when not just plain wrong.

28. The interpretation of the Arbitration Agreement is governed by the law of Danubia, which adheres to the four corners rule [*supra* ¶¶6-21; *ANoA*, p. 32, ¶16]. Accordingly, when the wording is clear, no external evidence may be relied upon [*Lummus Global Amazonas v. Aguaytia Energy Del Peru*]. It is RESPONDENT's submission that the Arbitration Agreements' wording is clear on what concerns the powers granted to the Tribunal. Hence, CLAIMANT wrongfully applies the four corners rule when it alleges that it is not applicable because there is no wording concerning the applicable law [*Cl. Memo.*, p. 7, ¶17].
29. Instead, CLAIMANT should have analyzed the wording concerning the powers granted to the arbitrators. According to the four corners rule, one can easily determine that the Tribunal does have the powers to decide on any dispute concerning the "existence, validity, interpretation, performance, breach or termination" of the Contract [*Exh. C5*, p. 14 (*Clause 15*)]. It is crystal clear that the Tribunal was not granted with the powers to decide on contract adaptation, since those were not explicitly included in the Arbitration Agreement [*Berger II*, p. 3; *cfr. ICC Case No. 7544*]. The claim raised by CLAIMANT exceeds the general powers for the interpretation of the Contract, since the adaptation of the contract requires exceptional powers [*Berger II*, p. 6].
30. Furthermore, RESPONDENT's argumentation was never inconsistent. Contrary to CLAIMANT's ill-founded allegations [*Cl. Memo.*, p. 7, ¶17], RESPONDENT merely resorted to the negotiations as a subsidiary argument. According to the four corners rule, it is RESPONDENT's submission that this Tribunal must only rely on external evidence, *i.e.*, the negotiations, if (*quod non*) it considers that the wording of the Arbitration Agreement is not clear [*NoA*, p. 7, ¶¶15-16; *ANoA*, p. 31, ¶15].
31. Therefore, the Tribunal must consider the wording of the Arbitration Agreement clear on what concerns the powers granted to the Tribunal, excluding the possibility of adaptation of the Contract.

2. This Tribunal is bound to an express authorization by the Parties, which was never granted

32. CLAIMANT defends that the Tribunal does not need to be specifically authorized by the Parties to adapt the Contract [*Cl. Memo.*, p. 9, ¶31]. CLAIMANT is once again wrong and RESPONDENT will demonstrate why.
33. Firstly, the Danubian Contract Law requires an express authorization by the Parties in order for the Tribunal to adapt the Contract [Art. 6.2.3 (4)(b) *Danubian Contract Law*; PO2, p. 61, ¶45].
34. Additionally, there is consistent jurisprudence regarding Art. 28(3) Danubian Arbitration Law according to which an express authorization by the parties is required to the “conferral of exceptional powers to the arbitral tribunal” [PO2, p. 60, ¶36]. This includes adaptation powers [*ibid.*].
35. While CLAIMANT states that the drafters of Art. 28(3) Model Law did not discuss this prerequisite concerning contract adaptation [*Cl. Memo.*, p. 10, ¶33], it neglects that the matter was addressed during the drafting of the Model Law [*Holtzmann/Neuhaus*, p. 1116]. Indeed, when discussing the possibility of creating a provision that addressed the adaptation of contracts by the arbitrators, the drafters reiterated that an authorization by the parties was decisive [*Holtzmann/Neuhaus*, p. 1132]. Notwithstanding, the Working Group decided not to include a provision concerning substantive law in a procedural code such as the Model Law [*Holtzmann/Neuhaus*, p. 1117]. The jurisprudence in Danubia follows the same understanding, requiring for an express authorization by the parties on what concerns exceptional powers for the adaptation of contracts [PO2, p. 60, ¶36].
36. In view of the above, it is clear that this Tribunal must construe the powers conceded to the arbitrators narrowly, taking into consideration the law of Danubia and the four corners rule. Furthermore, and considering that there was no express conferral of powers for contract adaptation, this Tribunal must dismiss CLAIMANT’s submission.

C. Even if the Tribunal does not find the law of Danubia to be applicable, it does not have the powers to adapt the Contract

37. If, *quod non*, this Tribunal considers that Danubian law shall not be applicable to the interpretation of the Arbitration Agreement, the Tribunal still lacks the necessary powers to adapt the Contract.
38. An international dispute requires an international approach. Thus, even if the Tribunal does not find the law of Danubia to be applicable, it must deny the application of the law of Mediterraneo as well. Only an interpretation of the Arbitration Agreement according to international norms, including universally accepted principles and rules, would be valid.
39. Considering that (i) the Parties are foreign, (ii) the seat was chosen as a neutral place [*Exh. R2, p. 34, ¶1; Marques, p. 26*], (iii) the arbitration proceedings are governed by international rules (HKIAC Rules) and that (iv) there is no express wording on the Contract concerning the applicable law to the Arbitration Agreement, it is safe to say that the Parties' intention was to internationalize their dispute resolution process [*Bachand, p. 394*]. Accordingly, the Arbitration Agreement remains autonomous from the provisions of any national law, such as Danubia's or Mediterraneo's [*Redfern/Hunter, p. 171; Dalico Decision*]. In this case, the Tribunal must rely on general principles of interpretation to construe the scope of the Arbitration Agreement according to the Parties common intention.
40. The Tribunal must consider the Parties intention (1), either under a subjective (a) or an objective interpretation (b). Furthermore, an express authorization by the parties has been required by international tribunals (2). Lastly, the *pacta sunt servanda* principle must prevail (3). Therefore, and regardless of the criteria, this Tribunal must hold that it does not have the necessary powers to adapt the Contract.

1. The Parties' intention was never to allow the adaptation of the Contract by the Tribunal

41. In the absence of an express choice of law, the interpretation of arbitration agreements has relied upon general principles of

contract interpretation [*Born*, p. 1321; *Waincymer*, p. 135; *ICC Case No. 7929; Insignia v. Alstom*]. To that effect, tribunals must interpret the wording in accordance with the real and common intent of the parties [*ibid.*]. In this regard, a meeting of the minds is decisive [*Born*, p. 1322; *Judgment of 29 February 2008 Swiss Federal Tribunal*].

42. Since all the countries involved are Contracting States of the CISG and the Contract itself is subject to the CISG – and, consequently, to its rules of interpretation –, the interpretation of the Arbitration Agreement must follow Art. 8 CISG [*POI*, p. 52, ¶4; *Exh. C5*, p. 14 (*Clause 14*); *Schlechtriem*, p. 38-39]. Firstly, according to Art. 8(1) CISG, one must construe the Parties' intention subjectively (a). Should the Tribunal consider that it is not possible to derive such intention, the Arbitration Agreement must be interpreted according to the objective criteria on Art. 8(2) CISG (b). In order to interpret the intention of the Parties, one must consider "all the relevant circumstances of the case, including the negotiations", as *per* Art. 8(3) CISG [*Chemical Products Case; Wine Case*]. In any event, this Tribunal must conclude that it was not the Parties' intention to allow the adaptation of the Contract.

a. Under a subjective interpretation, it was the Parties intention to exclude any exceptional powers from the Tribunal, such as the ones concerning contract adaptation

43. According to Art. 8(1) CISG, "statements made by [...] a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was" [*Schlechtriem*, p. 38; *Chemical Products Case; Wine Case; Coffee Case*]. During the negotiations, RESPONDENT made clear that its proposal for the arbitration clause was based on HKIAC Model Clause, but that it had "narrowed down and streamlined a little the fairly broad wording of the clause" [*Exh. R1*, p. 33, ¶1]. Hence, RESPONDENT's intention to delete any reference which could be interpreted as an empowerment for contract adaptation, or any other exceptional conferral of powers for that matter, could not be clearer [*Exh. R1*, p. 31, ¶13]. In particular, RESPONDENT also felt the need to expressly mention it to CLAIMANT [*ibid.*].

Moreover, by answering that it largely accepted RESPONDENT's proposal "with an amendment as to the place of arbitration" alone, CLAIMANT made RESPONDENT aware that it agreed with the remaining of the proposal, *i.e.*, that it understood the dispute resolution clause in an equal narrow way [*Exh. R2, p. 34, ¶3*].

b. Under an objective interpretation, it was the Parties intention to exclude any exceptional powers from the Tribunal, such as the ones concerning contract adaptation

44. Should the Tribunal decide that there was an absence of common intention, the question must be determined by an objective interpretation. In this respect, the Tribunal must consider what would be the understanding of a reasonable third person of the same kind as the Parties, under the same circumstances [*Art. 8(2) CISG; Schlechtriem, p. 38; Chemical Products Case*].
45. When RESPONDENT suggested the dispute resolution clause, it made very clear that its proposal had restricted the otherwise fairly broad wording of the HKIAC Model Clause [*Exh. R1, p. 33, ¶1*]. Any reasonable third person in the same circumstances as CLAIMANT would understand that it was RESPONDENT's intention to exclude the conferral of any exceptional powers to the Tribunal [*Art. 8(2) CISG; Chemical Products Case*]. This would naturally include the powers to adapt the Contract. Furthermore, any reasonable third person would understand CLAIMANT's reply as accepting all of RESPONDENT's suggestions, with the only exception as to the neutral place of arbitration [*Exh. R2, p. 34, ¶3*].
46. In conclusion, under either a subjective or objective interpretation, this Tribunal must hold that it was never the Parties' intention to grant exceptional powers to the Tribunal, such as the ones concerning the adaptation of the Contract.

2. The Tribunal lacks the powers to adapt the Contract, since there was no express authorization by the Parties

47. In case the Tribunal finds the law of Danubia not applicable and, in accordance with an international approach, the Tribunal still

lacks the powers to adapt the Contract, since there was no express authorization by the Parties.

48. The arbitration agreement is the basic source of the arbitrator's powers [*Berger II*, p. 5; *Gaillard/Savage* p. 11]. The trend in international arbitration case law is to construe the arbitrator's powers in a rather narrow and conservative way, thus excluding the necessary powers for contract adaptation [*Berger II*, p. 5; *Gaillard/Savage*, p. 25; *Redfern/Hunter*, p. 524; *Himpurna Case*]. The creative nature of contract adaptation has been interpreted as requiring an express authorization by the parties, as in fact it is required by the Danubian law [*ANoA*, p. 31, ¶13; *Berger II*, p. 5, *Gaillard/Savage*, p. 25, *Beisteiner*, p. 109; *Brunner*, p. 493; *Aminoil Case*].
49. Besides the absence of any reference in the Arbitration Agreement concerning contract adaptation by the Tribunal [*supra*, ¶¶22-36], the Hardship Clause must also not be construed as empowering the Tribunal in that sense. Indeed, there is no conferral of any creative competence nor any guidelines as to the scope and extent to which the adaptation would be accomplished [*Berger II*, p. 5].
50. Moreover, to free arbitrators from the application of strict rules of law would resemble a decision *ex aequo bono* or as an *amiable compositeur*, which also requires an express authorization by the Parties [*Art. 36.2 HKIAC Rules*; *Art. 28(3) Model Law*; *Berger II*, p. 2; *Born*, p. 284]. In fact, even when the parties expressly grant these powers, the arbitrators must be cautious when interpreting clauses empowering them to rule in equity as enabling them to adapt the contract to future circumstances [*Gaillard/Savage*, p. 26; *Mexican Construction Company v. Belgian Company*].
51. Therefore, according to an anational approach, this Tribunal does not have the necessary powers to adapt the Contract.

3. *By adapting the Contract, the Tribunal would be disregarding the principle of pacta sunt servanda*

52. Finally, one may easily understand that to grant the Tribunal the powers to modify what was originally decided between the Parties

overrules the principle of *pacta sunt servanda* as an expression of party autonomy [Ferrario, p. 138; Gaillard/Savage, p. 27; Bernini, p. 197; ICC Award N^o. 1512]. According to this principle, “parties must adhere to the contractual terms on which they agreed” [Beisteiner II, p. 80].

53. Furthermore, there is an uncontroversial presumption that the parties to international contracts are commonly experienced professionals, responsible for the necessary precautions against unforeseen events [Berger II, p. 6; Gaillard/Savage, p. 25; *French transporter v. English company*]. *In casu*, this means that if the Parties decided not to include the possibility of the adaptation of the Contract by the Tribunal, this remedy must not be imposed upon them.
54. Thus, allowing for the adaptation of the Contract would be a violation of the principle of *pacta sunt servanda*, inasmuch as it modifies what was originally agreed between the Parties.

CONCLUSION ON ISSUE I

55. In view of the above, it is RESPONDENT’S submission that this Tribunal does not have the necessary powers to adapt the Contract. Firstly, the Parties agreed on the law of Danubia to govern the interpretation of the Arbitration Agreement, which leads to a narrow interpretation of its scope. Secondly, even if the Tribunal were to disregard the law of Danubia and use an anational approach, it would still lack the necessary powers to adapt the Contract.

ISSUE II: THE TRIBUNAL MUST REFUSE THE SUBMISSION OF THE PARTIAL INTERIM AWARD BY CLAIMANT

56. The Partial Interim Award must not be admitted by the Tribunal as evidence. Firstly, it is irrelevant to the case and immaterial to its outcome (A). Secondly, the circumstances in which it was obtained preclude its admissibility (B). Lastly, it is confidential (C).

A. The Partial Interim Award is not relevant to the case nor material to its outcome

57. The two basic prerequisites regarding the admissibility of evidence are relevance and materiality [*Pilkov*, p. 154; *Marghitola*, p. 48]. While relevance concerns the general relation between the evidence and the case, materiality is related to the outcome of the case [*Pilkov*, pp. 148-149; *Waincymer* pp. 858-859].
58. These criteria are referred to in Art. 22.3 HKIAC Rules, which provides that the tribunal may request the production of relevant and material evidence. Thus, this was the criteria chosen by the Parties by agreeing upon the HKIAC Rules [*Exh. C3*, p. 14 (*Clause 15*)]. Furthermore, according to Art. 9(2)(a) IBA Rules, the tribunal must exclude evidence that is not relevant nor material. Although not legally binding, the IBA Rules must also be considered by the Tribunal. They “provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitration”, being “particularly useful when the parties come from different legal cultures” [*IBA Rules*, p. 2; *NoA*, p. 7, ¶15; *PO2*, p. 61, ¶44].
59. Hence, despite the fact that arbitral tribunals do possess discretion in the admission of evidence [*Cl. Memo.*, pp. 12-13 ¶¶49-50], this power is limited when there are grounds for the refusal of evidence [*Art. 22.2 HKIAC Rules*; *Art. 9(1)(2) IBA Rules*; *Art. 19(2) Model Law*; *Pilkov*, p. 147; *Waincymer*, p. 792; *The People v. O’Brien*; *P. v. Q.*; *Jones v. University of Warwick*]. Namely, when the prerequisites of relevance and materiality are not met, a piece of evidence should not be admitted [*Art. 9(2)(a) IBA Rules*; *Pilkov*, p. 154; *Boykin/Havalic*, pp. 34-35; *Marghitola*, p. 48; *Singh v. Singh*].
60. In this sense, and contrary to what is alleged by CLAIMANT [*Cl. Memo.*, pp. 15-17, ¶¶66-76], RESPONDENT will demonstrate the irrelevance of the PIA to the present case (1) and the immateriality to its outcome (2), which must lead to the refusal of the PIA by the Tribunal.

1. The Partial Interim Award is not relevant to the case

61. Evidence is considered relevant when it has a “logical connection” with what it is purported to prove in the case [*Pilkov*, p. 148; *Born*,

p. 2362]. If this prerequisite is not verified, the evidence should not be admitted [Art. 9(2)(a) *IBA Rules*; *Boykin/Havalic*, pp. 34-35; *Singh v. Singh*]. In this regard, CLAIMANT wrongfully alleges that the PIA is relevant because the facts laid out in it “are similar if not identical to those of the Parties’ dispute” [*Cl. Memo.*, p. 16, ¶¶70-72]. However, the irrelevance of the PIA will be demonstrated by RESPONDENT.

62. Indeed, the PIA lacks any “logical connection” with what it purports to prove in the case, since the dispute in the other arbitration proceedings is not comparable to the case at hand [*Pilkov*, pp. 148-149; cf. *Waincymer* pp. 858-859].
63. On the one hand, the parties involved in the other arbitration proceedings agreed on a much broader hardship clause [*ICC Hardship Clause 2003*; *PO2*, p. 60, ¶39] and, more importantly, on a much broader arbitration clause, *i.e.*, the Model HKIAC-Arbitration Clause “with all additions” [*PO2*, p. 60, ¶39]. Furthermore, the law of Mediterraneo was expressly chosen by the other parties to govern their arbitration agreement. This law provides for a broader interpretation of the arbitration clause, granting arbitral tribunals the power to adapt contracts [*NoA*, p. 7, ¶¶15-16; *ANoA*, p. 31, ¶13]. Consequently, the other arbitral tribunal decided that it had powers to adapt the contract [*PO2*, p. 60, ¶39].
64. On the other hand, in the present case, the Hardship Clause and the Arbitration Agreement do not allow the adaptation of the Contract by the Tribunal, since they were narrowed down deliberately [*ANoA*, p. 30, ¶¶4, 9; *Exh. R3*, p. 35, ¶3; *PO2*, p. 56, ¶12; *ANoA*, p. 31, ¶13; *Exh. R1*, p. 33]. Additionally, the Arbitration Agreement is governed by the Danubian law, which requires the Parties’ express empowerment for the adaptation of the Contract by the Tribunal. Such express authorization was never granted [*supra*, ¶¶32-36].
65. Hence, the clauses in the contracts underlying both proceedings are completely different and governed by laws of distinct jurisdictions. This necessarily demands different legal consequences. In other words, CLAIMANT is comparing “apples to oranges”.
66. All in all, as RESPONDENT is allowed to affirm by its own opponent in the other arbitration proceedings [*p. 50, ¶3*], CLAIMANT’S

assertions are taken out of context and its allegations of contradictory behavior are ill-founded. The Tribunal must, thus, find the PIA manifestly irrelevant.

2. *The Partial Interim Award is not material to the outcome of the case*

67. The criterion of materiality depends on the criterion of relevance. While a piece of evidence can be relevant and not material, the opposite is not possible [*Pilkov*, p. 149]. Accordingly, since the PIA is not relevant to the case, it is neither material to its outcome. However, should this Tribunal find the PIA relevant, it still cannot be considered material.
68. Firstly, on what concerns materiality, “factual rather than legal issues are meant” [*Marghitola*, p. 53; cf. *Waincymer*, p. 859]. As it is recognized by CLAIMANT itself, the fact that the arbitral tribunal of the other proceedings has considered that it had the power to adapt the contract is merely a “legal issue” [*Cl. Memo.*, p. 17, ¶74].
69. Secondly, evidence is only material if it is needed to influence the tribunal’s decision on the case [*Art. 22.3 HKIAC Rules*; *Art. 9(2)(a) IBA Rules*; *Born*, p. 2362; *Marghitola*, pp. 52-53; *Waincymer*, p. 859, *Dessemontet*, pp. 28-29; *Lummus Global Amazonas v. Aguaytia Energy del Peru*; *OLG*, 2 Sch 04/99]. Contrary to what CLAIMANT affirms [*Cl. Memo.*, p. 17, ¶74], the PIA could not have any persuasive effect on this Tribunal’s decision, considering that there are no doubts that the facts concerning both cases are completely different and independent [*supra*, ¶¶63-65].
70. In conclusion, due to PIA’s lack of relevance and materiality, the Tribunal must refuse the submission.

B. The Tribunal must not admit unlawfully obtained evidence

71. Besides relevance and materiality, there are other widely recognized grounds for the refusal of evidence [*Art. 9(2) IBA Rules*; *Commentary on the IBA Rules* pp. 25-27; *Born*, pp. 2311-2312; *Pilkov*, p. 150; *Waincymer*, p. 792; *Freedman*, p. 741; *Irenton*, p. 233]. Indeed, on what concerns the admissibility of evidence, the tribunal’s discretionary powers and the parties’ autonomy are more limited

[Arts. 9(2) IBA Rules; *Pilkov* p. 154]. For instance, in principle, illegally obtained evidence is inadmissible, considering it is contrary to international public policy [*Pilkov*, p. 154; *Peiris*, p. 315].

72. In this case, it is RESPONDENT's submission that since the PIA was unlawfully obtained, it must not be admitted by this Tribunal. Taking into account the circumstances in which it was obtained, this Tribunal must consider that CLAIMANT was involved in the disclosure of the PIA (1). Furthermore, the inadmissibility of the PIA would have an important deterrent effect (2).

1. CLAIMANT was involved in the disclosure of the Partial Interim Award

73. When analyzing the admissibility of illegally obtained evidence, the Tribunal should weight two competing interests: the truth *versus* the refusal of any juridical effects to anti-juridical acts [*De Cossío*, p. 36; *BGE*, 5P.308/1999; *BGH*, XII ZR 210/04]. To that effect, the Tribunal is required to evaluate the importance of the PIA. *In casu*, the importance is inexistent [*supra*, ¶¶61-70]. Then, the Tribunal must take into account the nature of the illegal act and the circumstances under which it was committed, especially who committed it [*Waincymer*, p. 797; *Peiris*, p. 332; *Giovannini/Mourre*, p. 184; *Wirth*, p. 184; *The People v. O'Brien*; *BGE*, 5P.308/1999; *Jones v. University of Warwick*].
74. If the PIA was obtained by an illegal hack of RESPONDENT's computer system, this severely violates its right of privacy. Thus, the refusal of the PIA by this Tribunal is demanded [*Peiris*, p. 324; *De Cossío*, p. 37; *Wirth*, p. 184; *Weeks v. US*; *Mapp v. Ohio*; *Lebel Case*].
75. Furthermore, some tribunals have in fact admitted illegally obtained evidence. However, contrary to what had happened in this case, the party seeking to rely on the referred evidence had not contributed to its disclosure [*Waincymer*, p. 797; *Methanex v. USA*; *Libananco Holdings v. Turkey*; *Caratube v. Kazakhstan*]. It is believed that a party cannot benefit from its own wrong, according to the "clean hands doctrine" [*ibid.*]. Contrary to what is alleged by CLAIMANT [*Cl. Memo.* p. 13, ¶51], the Tribunal must consider that CLAIMANT contributed to the disclosure of the PIA.

76. In fact, CLAIMANT was actively trying to acquire RESPONDENT's submissions and the PIA. Promptly after hearing about the other proceedings, CLAIMANT tried to acquire them from Mr. Velazquez [PO2, pp. 60-61, ¶41]. Since the latter could not arrange them, CLAIMANT contacted a company with "a doubtful reputation to where it gets its information" in order to obtain a copy of the PIA [PO2, pp. 60-61, ¶41]. Then, CLAIMANT paid to this doubtful company the considerable amount of 1000 US\$ exclusively for the purpose of obtaining and using the PIA in the current proceedings [PO2, pp. 60-61, ¶41].
77. It is, thus, crystal clear that CLAIMANT's hands are not clean at all. If it did not hack RESPONDENT's computer system itself, CLAIMANT at least actively contributed to the disclosure of the PIA. Therefore, CLAIMANT did not respect the standard for good faith and fairness in the arbitration proceedings, strongly contributing to the breach of RESPONDENT's right to privacy [Art. 13.5 HKIAC Rules, Art. 18 Model Law; Art. 9(2)(g) IBA Rules; *Boykin/Havalic*, pp. 33-34; *Methanex v. USA*].
78. For the reasons set out above, it is inevitable that this Tribunal finds the PIA inadmissible. Otherwise procedural fairness would be disregarded, which can lead to an annulment of the award [Art. 13.5 HKIAC Rules, Art. 18 Model Law; Art. 9(2)(g) IBA Rules, Art. V(d) NY Convention; *De Cossío*, p. 36; *Boykin/Havalic*, pp. 33-34; *Methanex v. USA*; *Persia Bank Case*; *Bible Case*; *FFU Case*; *A.N.*, Case No. 2830/2013].

2. The inadmissibility of the Partial Interim Award would have a deterrent effect

79. The quest for the truth must be balanced against the quest to not give juridical effects to anti-juridical acts [*De Cossío*, pp. 35-36]. Either if the evidence was obtained through a breach of a confidentiality agreement or through hacking, by accepting the submission of the PIA, the Tribunal would be giving juridical effects to an unlawful act. On top of that, the admission of the PIA would not by any means contribute to the quest for the truth [*supra*, ¶¶61-70].

80. Besides, the Tribunal must discourage the resort to unfair methods of obtaining evidence, under the penalty of sending the message that all means to obtain evidence are valid [*De Cossío*, p. 36; *Couleur*, p. 397; *Adair v. M'Garry*; *US v. Calandra*].

C. Confidentiality does constrain the discretionary power of the Tribunal

81. Moreover, it is worth noting that confidentiality is the cornerstone of arbitration [*Colin Yc Ong*, pp. 169-170; *Cremades/Cortés*, p. 26; *Moser/Bao*, p. 281; *Moser/Cheng*, p. 7; *Born*, p. 2780; *Dessementet*, p. 1; *Queen Mary Survey*, p. 3; *Insurance v. Lloyd's Syndicate*; *Ali Shipping v. Shipyard Trogir*; *Myanma Yaung Chi Oov. Win Win Nu*]. Consequently, the confidential nature of a piece of evidence constitutes a sufficient ground for its exclusion [*Art. 9(2)(e) IBA Rules*; *Danube Case*; *Chorzów Case*].
82. Contrary to what CLAIMANT asserts [*Cl. Memo.*, p. 13-15; ¶¶53-65], RESPONDENT submits that confidentiality does constrain the admissibility of the PIA, considering that it is not publicly available (1), the HKIAC Rules forbid its disclosure (2) and a balance of interests leads to its inadmissibility (3).

1. *The Partial Interim Award is not publicly available*

83. If CLAIMANT had not been involved in the unlawful act [*supra*, ¶¶73-78] and if the PIA was publicly available, one may defend that the evidence could be admitted [*Bible Case*]. However, CLAIMANT's allegation that the PIA is publicly available [*Cl. Memo.*, p. 52, ¶55] is misleading and plainly runs against the facts of the case.
84. Firstly, CLAIMANT itself had to contact a specialized company in order to obtain the PIA [*PO2*, pp. 60-61, ¶41]. One cannot simply assume that the company would sell the PIA to anyone who wished to obtain it, especially taking into account its doubtful reputation [*ibid.*]. Secondly, CLAIMANT had to pay a considerable amount in order to have access to it [*ibid.*]. Hence, by not being easily accessible, the PIA cannot be considered as public.

85. Additionally, contrary to what CLAIMANT alleges [*Cl. Memo.*, p. 14 ¶¶56-57], RESPONDENT ensured the confidentiality of the PIA, since it was kept in its private computer system, not accessible to the public [*Dessementet*, p.18]. The trivial fact that RESPONDENT's computer's firewall was outdated does not destroy the confidential nature of the PIA [PO2, p. 61, ¶42].
86. Maintaining its confidential nature and not having been voluntarily disclosed by RESPONDENT, the PIA cannot be used in the present arbitration proceedings [*Dessementet*, pp. 15-16; *Smeureanu*, p. 111-112; *Caratube International Oil v. Kazakhstan*].
87. In any case, even if the PIA could be easily accessible by anyone, its confidentiality character would be preserved, given that it was obtained unlawfully, either by a breach of a confidentiality agreement or by hacking [p. 51, ¶3; PO1, PO1, p. 53, b.; *Wee Shuo Woon v. HT S.R.L.*].
88. Therefore, the PIA remains protected by confidentiality, which constrains its admission.

2. The applicable procedural rules forbid the disclosure of the Partial Interim Award

89. Contrary to CLAIMANT's allegations [*Cl. Memo.*, p. 14, ¶¶58-60], the PIA is protected under the rules of confidentiality of HKIAC 2013 Rules.
90. Indeed, the parties in the other arbitration proceedings agreed to arbitrate under the HKIAC 2013 Rules [PO2, p. 60, ¶39]. By agreeing to do so, the mentioned parties, the arbitral tribunal and other third parties involved in the proceedings are "bound by an express duty of confidentiality" [Art. 42.1 HKIAC 2013 Rules; *Moser/Bao*, p. 282; *Colin Yc Ong*, p. 170]. Accordingly, the very existence of the arbitral proceedings and the PIA cannot be revealed [*ibid.*].
91. Although there are exceptions to the confidentiality duty laid out in Art. 42.3 HKIAC 2013 Rules, they are not applicable *in casu*. Namely, in a wrongful attempt to support its submission, CLAIMANT indicates the exception laid out on Art. 45.3(d) HKIAC 2018 Rules, which lacks any parallel with the HKIAC

2013 Rules. Even if the Rules of 2018 would be applicable, the referred exception would never justify a disclosure of the PIA.

92. Even though Art. 45.3(d) HKIAC Rules allows the disclosure of confidential awards for the purposes of a joinder of additional parties or consolidation of arbitrations – as CLAIMANT stated [Arts. 27, 28 HKIAC Rules; *Cl. Memo.*, p. 14, ¶59] – these issues are not to be addressed in the current proceedings [PO1, pp. 52-32, ¶III]. Firstly, as CLAIMANT asserts, one of the prerequisites is that both proceedings must raise a “common question of law of fact” [*Cl. Memo.*, p. 14, ¶59]. Moreover, and besides the facts underlying both proceedings being utterly different [*supra*, ¶¶63-66], the question of law raised is also incomparable. The powers of the arbitral tribunal and the question concerning whether or not adaptation is due strongly depends on the contract clauses, which are different *in casu* [*supra*, ¶¶63-66]. In any case, the applicability of Arts. 27 and 28 HKIAC Rules in the terms of Art. 45.3(d) require other prerequisites which are obviously not met. Namely, there is no agreement between the parties concerning joinder nor the rights to relief claimed arise from are “the same transaction of a series of related transactions” [Art. 27.1(a)(b), 28.1(c)].
93. Furthermore, although not expressly raised by CLAIMANT, Art. 42.3 is also not applicable. The disclosure of the PIA could not protect any legal right or interest of Claimant. In the other proceedings, the arbitral tribunal merely decided that the contract agreed between the parties granted the Tribunal powers to adapt [PO2, p. 60, ¶39]. In the present case, the Contract does not grant such powers [Art. 42.3 HKIAC 2013 Rules; *supra*, ¶¶22-54]. Furthermore, it is recognized that the reference to “court” or “judicial authorities” does not include arbitral tribunals [Art. 42.3 HKIAC 2013 Rules; *Moser/Bao*, p. 286; *S.B.P. & Co v. Patel Engineering Ltd*].
94. Thus, Respondent respectfully requests the Tribunal to consider the PIA inadmissible, since its disclosure is not authorized by the rules applicable to the other proceedings.

3. A balance of interests leads to the inadmissibility of the Partial Interim Award

95. CLAIMANT asserts that, when analyzing the admissibility of illegally obtained evidence, the Tribunal should balance, on the one hand, the confidential nature of the evidence and, on the other hand, its necessity to the proceedings [*Cl. Memo.*, p. 15, ¶62; *Boykin/Havalic*, p. 37, *FFU Case*]. It is RESPONDENT's submission that such balance of interests will necessary lead to the conclusion that the PIA should not be admitted as evidence in the current proceedings.
96. Firstly, the PIA maintains its confidential nature, since it is not in the public domain [*supra*, ¶¶83-88]. Furthermore, the applicable rules demand its non-disclosure [*supra*, ¶¶89-94].
97. Secondly, the PIA is not relevant to the case or material to its outcome [*supra*, ¶¶57-70]. Thus, there is no "persuasive authority regarding the legal issues at hand" [*Cl. Memo.*, p. 15, ¶63], since the underlying facts in both arbitrations are completely different [*supra*, ¶¶63-66].
98. Finally, the Tribunal must not disregard that CLAIMANT was involved in the unlawful obtainment of the PIA, by paying 1000 US\$ to a company with "doubtful reputation" in order to obtain confidential material to be used in the current proceedings, breaching procedural fairness [*supra*, ¶¶73-78].
99. In light of the above, a balance of interests will inevitably lead to the inadmissibility of the PIA by the Tribunal [*A.N., Case No. 2830/2013*].

CONCLUSION ON ISSUE II

100. It is RESPONDENT's submission that the PIA must not be admitted by the Tribunal as evidence. Besides being completely irrelevant and, consequently, immaterial, CLAIMANT actively contributed to its unlawful obtainment, breaching its procedural duties. Furthermore, the PIA is protected by confidentiality.

SUBSTANTIVE ISSUES

101. The imposition of the import tariff by the Government of Equatoriana is clearly within CLAIMANT's sphere of risk. Therefore, CLAIMANT is not entitled to the payment of US\$ 1,250,000, neither under the Hardship Clause (Issue III), nor under the law applicable to the Contract (Issue IV).

ISSUE III: CLAIMANT IS NOT ENTITLED TO THE PAYMENT OF US\$ 1,250,000 UNDER THE HARDSHIP CLAUSE

102. When negotiating the terms of the Contract, the Parties agreed on delivery on the basis of DDP [*Exh. C3, p. 11, ¶2; Exh. C4, p. 12, ¶3*]. Accordingly, CLAIMANT assumed all costs and risks until the moment when the goods were brought to the place of destination and were made available to RESPONDENT [*Buydaert, pp. 88-89; Ramberg, p. 149; Lima Pinheiro, p. 513*]. This naturally includes import duties [*ibid.; Bergami, p. 3*]. Nonetheless, the Parties chose to temper some of those risks in a hardship clause [*Exh. C5, p. 14 (Clause 12)*]. The Hardship Clause states that “[s]eller shall not be responsible [...] for hardship, caused by additional health and safety requirements or comparable unforeseen events making the contract more onerous” [*Exh. C5, p. 14 (Clause 12)*]. Therefore, the cost increase resulting from the imposition of the tariff does not constitute a case of hardship (A). But even if it did, the Hardship Clause does not provide for adaptation of the Contract as a remedy (B).

A. The imposition of the tariff is not a case of hardship under the terms of the Hardship Clause

103. Contrary to CLAIMANT's allegations [*Cl. Memo., p. 19, ¶¶87-105*], the present change of circumstances does not constitute hardship under the terms of the Hardship Clause, since the latter provides for a narrow definition of hardship (1) and the imposition of the tariff falls outside its scope (2).

1. The Hardship Clause provides for a narrow definition of hardship

104. The interpretation of the Contract must be carried out according to the rules of contract interpretation enshrined in Art. 8 CISG, which establishes both a subjective and an objective method of interpreting statements and conducts by a party [Art. 8(1)(2) CISG; *supra*, ¶42]. The negotiations between the Parties must be taken into consideration [Art. 8(3) CISG; *supra*, ¶42].
105. Contrary to what CLAIMANT alleges [*Cl. Memo.*, p. 19, ¶¶88-97], both a subjective (a) and an objective (b) interpretation of the Hardship Clause reflect a narrow definition of hardship, demonstrating the Parties' intent to exclude from the Hardship Clause tariffs like the one at stake.

a. A subjective interpretation of the Hardship Clause reflects a narrow definition of hardship

106. The subjective interpretation method in the CISG requires that “statements made by [...] a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was” [Art. 8(1) CISG; *cf. Chemical Products Case; Wine Case; Coffee Case*]. *In casu*, this will lead to the conclusion that the Hardship Clause reflects a narrow definition of hardship, leaving import tariffs like the one at stake outside its scope.
107. Acknowledging it would be was assuming additional costs by agreeing on a DDP delivery, CLAIMANT required a price increase [*Exh. C4*, p. 12, ¶3]. Furthermore, CLAIMANT stated that it was not willing to “take over any further risks associated with such a change in the delivery terms”, or that “[a]t minimum, a hardship clause should be included into the contract” [*Exh. C4*, p. 12, ¶4]. Exempting CLAIMANT from all the risks was definitely not an option for RESPONDENT [*ANoA*, p. 30, ¶4]. Hence, the Parties chose to regulate some risks associated with DDP in the Hardship Clause, opting for the second path proposed by CLAIMANT and excluding the first one. Indeed, exemption from all the risks would render the DDP clause meaningless.

108. Moreover, RESPONDENT rejected CLAIMANT's proposal of the ICC Hardship Clause, claiming that it was too broad [PO2, p. 56, ¶12; ANoA, p. 30, ¶4; Exh. R3, p. 35]. Consequently, the Hardship Clause was formulated in a narrower way. Indeed, it applies specifically to "additional health and safety requirements" and to "comparable" events that must fulfill strict criteria concerning unforeseeability and onerosity [Exh. C5, p. 14 (Clause 12)].
109. Additionally, RESPONDENT asked for DDP delivery because, *inter alia*, CLAIMANT had experience with "the necessary export and import documentation" [Exh. C3, p. 11, ¶2]. Therefore, it was clear that CLAIMANT would be the one responsible for everything that concerned imports and exports, as CLAIMANT expressly admitted in the NoA [NoA, p. 7, ¶18]. This Tribunal must not disregard the Parties' conduct after the conclusion of the Contract, since it is determinative of their intention [Art. 8(3) CISG].
110. As consequence, the Hardship Clause must be interpreted narrowly, under the penalty of its core purpose being neglected and the will of the Parties being disregarded. A subjective interpretation of the Hardship Clause undoubtedly indicates that the Parties' intent was to place import tariffs inside CLAIMANT's sphere of risk.

b. An objective interpretation of the Hardship Clause reflects a narrow definition of hardship

111. In case the Tribunal considers that the intention of the Parties cannot be determined, it must resort to the objective method enshrined in Art. 8(2) CISG. Accordingly, a reasonable third person of the same kind as both CLAIMANT and RESPONDENT would still reach the conclusion that the Hardship Clause provides for a narrow definition of hardship. Consequently, import tariffs fall outside its scope.
112. Contrary to what CLAIMANT alleges [Cl. Memo., p. 20, ¶94], the fact that the Hardship Clause refers to "comparable unforeseen events making the contract more onerous" does not lead a reasonable third person to conclude that this definition is open to any event that slightly alters the contractual balance [Exh. C5, p. 14,

(Clause 12)]. In order to be considered as cases of hardship, these “events” have to meet the criteria expressed in the Hardship Clause, which *in casu* are not met [*infra*, ¶¶116-130]. Therefore, it is wrong to conclude that such wording provides for a broad definition of hardship.

113. Furthermore, and contrary to CLAIMANT’s allegations [*Cl. Memo.*, pp. 20-21, ¶95], any reasonable third person would find it irrelevant that CLAIMANT entered into a contractual relationship hoping to overcome its financial difficulties. If the purpose of the Contract was to protect CLAIMANT from financial harm, the economic basis of the Contract as a sales agreement would be destroyed [*Exh. C2*, p. 10, ¶3]. If CLAIMANT considered itself to be particularly sensitive to certain risks, like import tariffs, it should have insisted on mentioning them expressly in the Hardship Clause. Indeed, parties are free to negotiate contractual terms, including what stays within their particular sphere of risk [*Art. 1.1 UNIDROIT Principles*; *Art. 1:102 (1) PECL*; *Sund-Norrgård*, §1, ¶36; *Alpa*, p. 120; *Makale*, p. 82; *Fucci*, p. 11; *Carlsen*, §II B]. Since CLAIMANT did not propose such express reference, the present change of circumstances must be judged in light of the “comparable unforeseen events making the contract more onerous” criterion [*Exh. C5*, p. 14 (Clause 12)].
114. Lastly, it is common sense that the international trade environment is in constant change [*Zaccaria*, p. 136; *Schwenzer*, p. 709]. As CLAIMANT itself recognized, during trade wars, one usually witnesses “the imposition of exceptional and unexpected tariffs” [*Cl. Memo.*, p. 21, ¶96]. Bearing this in mind, CLAIMANT could have taken additional precautions and be prepared for the consequences that might come from any change of circumstances that could alter the equilibrium of the contract [*Kessedjian*, p. 416; *Gaillard/Savage*, ¶36; *Berger II*, p. 6; *French transporter v. English company*]. However, the Parties opted for a narrow definition of hardship, which must fulfill strict criteria.
115. In light of the above, both a subjective and an objective interpretation of the Hardship Clause demonstrate that it provides for a narrow definition of hardship, leaving import tariffs inside CLAIMANT’s sphere of risk.

2. *The imposition of the tariff falls outside the scope of the Hardship Clause*

116. Contrary to what CLAIMANT states [*Cl. Memo.*, p. 19, ¶88], RESPONDENT does not consider the Hardship Clause as only applicable to additional health and safety requirements. In fact, the Hardship Clause also allows an exemption from “comparable” events, as long as they are unforeseen and make the contract more onerous [*Exh. C5*, p. 14 (*Clause 12*)].
117. It is RESPONDENT’s submission that the imposition of the tariff does not fulfill neither the unforeseeability (a), nor the onerosity requirements (b). Thus, it falls outside the scope of the Hardship Clause.

a. *The imposition of the tariff does not fulfill the unforeseeability requirement*

118. It is generally recognized that if an event is foreseeable, the aggrieved party cannot invoke hardship, since it is considered to have assumed that risk [*Tallon*, p. 580; *CMS v. Argentina case*; *ICC Case No. 8486*]. Contrary to what CLAIMANT affirms [*Cl. Memo.*, pp. 21-22, ¶¶99-101], the imposition of the tariff by the Government of Equatoria was foreseeable.
119. This trade war was initiated by Mediterraneo, which had already shown signs of protectionist tendencies, particularly on what concerns agricultural goods [*Exh. C6*, p. 15; *PO2*, p. 58, ¶23]. In this context, CLAIMANT, a company based in Mediterraneo, should have been aware of the prospect of import tariffs being imposed by its own country against third states. Even so, CLAIMANT chose to enter into an international sales contract involving agricultural goods.
120. Additionally, CLAIMANT itself admits that “unexpected tariffs” are to be expected during trade wars [*Cl. Memo.*, p. 21, ¶96]. Accordingly, CLAIMANT must have had predicted that if a trade war was started by Mediterraneo against Equatoria, a retaliation by the latter would follow. Indeed, this is not the first time

that the Equatorianian Government retaliates in such manner [NoA, pp. 7-8, ¶19; Exh. C6, p. 15, ¶2].

121. Therefore, the Tribunal must find the imposition of the tariff by Equatoriana to be foreseeable.

b. The imposition of the tariff does not fulfil the onerosity requirement

122. Contrary to CLAIMANT's submission [*Cl. Memo.*, p. 22, ¶¶102-105], the onerosity requirement in the Hardship Clause is not fulfilled, since the present change of circumstances is not significant (i). Furthermore, CLAIMANT's financial situation must not be taken into account to that effect (ii).

i. The change of circumstances is not significant

123. The consequences of the imposition of the tariff are not significant in order to be considered as a situation of hardship.
124. According to the internationally recognized principle of *pacta sunt servanda*, parties must perform their contractual obligations even when the circumstances change after the conclusion of the contract; otherwise, the "certainty of law would collapse" [Zaccaria, p. 135; cf. Rimke, p. 197; Azeredo da Silveira, p. 199]. In this sense, adapting contracts as a result of slight changes in the circumstances "would be fatal for international trade" [Lindström, ¶I]. Therefore, exceptions to this principle must only be allowed in extreme cases [Kessedjian, p. 416; ICC Case No. 8486]. This is to say that only from a certain "limit of sacrifice", where performance has become excessively onerous, is a party in hardship [Brunner, p. 499; cf. *Gulf Oil v. FPC*; ICC Case No. 8486].
125. The present tariff corresponds to 30% of the last shipment, which represents only 15% of the price of a total of three shipments [Exh. C5, p. 14 (Clause 8); Exh. C7, p. 16, ¶I]. Thus, this tariff must not be regarded as a significant change of circumstances [Art. 6.2.2, Comment 2, UNIDROIT Principles 1994; *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*; *American Trading Production v. Shell Int'l Marine*].
126. In conclusion, the present change of circumstances is not significant in order to justify coverage by the Hardship Clause.

ii. CLAIMANT's financial situation must not be taken into account

127. CLAIMANT's financial situation must not be taken into account to the effect of determining whether this is a case of hardship, contrary to CLAIMANT's submission [*Cl. Memo.*, p. 22, ¶103].
128. According to the principle of party autonomy, parties are free to enter into contractual relationships with whom they wish and to define its terms as they wish [*Makale*, p. 82; *Sund-Norrgård*, §1, ¶36; *Magnus*, §5(b), ¶1]. Since parties are responsible for that choice, the financial situation of a party before the change of circumstances is not relevant to determine whether it is in hardship or not. Therefore, and taking into account that contracts necessarily come with risks, CLAIMANT should take full responsibility for entering into a contractual relationship when it was already in an unfavorable financial situation [*Exh. C8*, p. 17; *PO2*, p. 59, ¶29; *Papp*, p. 430].
129. In conclusion, bearing in mind that the present change of circumstances is not significant and that CLAIMANT's financial situation must not be taken into account, the onerosity requirement included in the Hardship Clause is not fulfilled.
130. In light of the above, CLAIMANT is not facing a situation of hardship under the Hardship Clause agreed to by the Parties.

B. The Hardship Clause does not entitle CLAIMANT to the adaptation of the contractual price

131. Even if the Tribunal considers that CLAIMANT is facing hardship pursuant to the Hardship Clause, CLAIMANT is not entitled to the adaptation of the contractual price.
132. Besides the fact that this solution is not expressly mentioned in the Hardship Clause nor anywhere else in the Contract, it was not the intention of the Parties to provide for adaptation nor would a reasonable third person make such interpretation [*Art. 8(1)(2) CISG*].
133. Despite having discussed the possibility of adaptation, CLAIMANT and RESPONDENT only had a “tentative agreement” on the matter [*Exh. C8*, p. 17, ¶5]. As a result, the possibility of adaptation

was not included in the Contract, which clarifies the intent of the Parties [Art. 8(1) CISG]. Instead, the remedy provided for in the Hardship Clause is exemption from responsibility [Exh. C5, p. 14 (Clause 12)]. Indeed, it would be wrong to impose a remedy other than the one agreed upon by the Parties, under penalty of going against their will [Arts. 36.1, 36.3 HKIAC Rules; cf. *Berger II*, p. 6; *ARAMCO-Award*].

134. A reasonable third person would also interpret the Hardship Clause in the same way [Art. 8(2) CISG]. Besides the fact that its wording is crystal clear concerning the remedy for hardship, it is widely accepted that, in the absence of a clause providing for renegotiation or adaptation, a party is not obliged to renegotiate contractual terms and the principle of *pacta sunt servanda* must prevail [Brunner, pp. 481-482; McKendrick, p. 150; *Berger II*, p. 6].
135. For all these reasons, should the Tribunal consider that the present change of circumstances puts CLAIMANT in a situation of hardship, CLAIMANT is not entitled to the adaptation of the Contract.

CONCLUSION TO ISSUE III

136. According to the Hardship Clause, the cost increase resulting from the imposition of the tariff does not put CLAIMANT in a situation of hardship. In any case, the Hardship Clause does not entitle CLAIMANT to an adaptation of the contractual price. Hence, this Tribunal is respectfully requested to reject CLAIMANT's prayer for RESPONDENT to cover 25% of the cost increase, which corresponds to US\$ 1,250,000.

ISSUE IV: CLAIMANT IS NOT ENTITLED TO THE PAYMENT OF US\$ 1,250,000 UNDER THE LAW GOVERNING THE CONTRACT

137. CLAIMANT argues that even if the current change of circumstances is not covered by the Hardship Clause, CLAIMANT is still entitled to the payment of US\$ 1,250,000 under the CISG, under the UNIDROIT Principles or, alternatively, by reason of RESPONDENT's conduct [*Cl. Memo.*, pp. 24-30, ¶¶112-145].

138. However, neither the CISG (A) nor the UNIDROIT Principles (B) provide for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff. Furthermore, RESPONDENT is not undertaking contradictory behavior (C).

A. CLAIMANT is not entitled to the adaptation of the contractual price due to hardship under Art. 79 CISG

139. CLAIMANT argues that it is entitled to the adaptation of the Contract under Art. 79 CISG [*Cl. Memo.*, p. 24, ¶¶114-130]. Nevertheless, Art. 79 CISG is not applicable to the Parties' dispute (1). Even if the Tribunal considers otherwise, the requirements set by this provision are not met (2).

1. Art. 79 CISG is not applicable to the Parties' dispute

140. Art. 79 CISG does not govern the Parties' dispute since it is not applicable to cases of hardship (a). Should the Tribunal consider that it is, this article does not provide for the adaptation of the Contract (b). In any case, the Parties derogated from it (c).

a. Art. 79 CISG does not govern hardship

141. Art. 79 CISG provides for exemption from liability in cases of non-performance caused by an impediment, when the latter is beyond the control of the aggrieved party. Additionally, it requires that the same party "could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences" [Art. 79 CISG; *Flechtner*, p. 85].

142. It is beyond doubt provision applies to cases of *force majeure*, where performance of a party's obligations becomes impossible [*Lindström*, §III 4.1; *Flambouras*, §7; *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*]. However, contrary to CLAIMANT's allegations [*Cl. Memo.*, p. 25, ¶¶119-121], this provision does not apply to cases of hardship [*Zeller II*, p. 153; *Flambouras*, §7 *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*].

143. As CLAIMANT submits, the legislative history and the *travaux préparatoires* of the CISG must be taken into account in order to interpret this provision [*Cl. Memo.*, p. 25, ¶119; *Flambouras*, §3; *Honnold*, ¶88]. This will inevitably lead to the conclusion that the doctrine of hardship is not present in Art. 79 CISG [*Flambouras*, §3]. In fact, during the drafting phase of this provision, there was a proposal to address the doctrine of hardship, which was rejected [*Garro*, §IV, ¶11; *Lindström*, §IV 2.2; *CISG-AC* 7, ¶29; *Zaccaria*, p. 164; *Flambouras*, §3; *Flechtner*, p. 89; *Schwenzer*, p. 712]. The legislative history also demonstrates that exemption can only be granted in cases of impossibility of performance, not when it has become merely “more difficult or unprofitable” [*Flambouras*, §3; *Rimke*, p. 223].
144. Hence, Art. 79 CISG does not govern hardship, but rather cases of *force majeure*, where performance has become impossible.

b. Should the Tribunal consider that Art. 79 governs hardship, this provision does not allow the adaptation of the Contract

145. Contrary to what is alleged by CLAIMANT [*Cl. Memo.*, pp. 25-26, ¶¶122-125], Art. 79 CISG does not provide for the adaptation of the Contract.
146. Neither Art. 79, nor any other provision of the CISG provides for adaptation of a contract in situations of hardship [*Zeller II*, p. 153; *CISG-AC* 7, ¶40; *Flechtner*, p. 93]. Although there were proposals in this sense during the negotiations, they were rejected [*Lindström*, §IV 2.2; *Garro*, §IV, ¶10].
147. Firstly, contrary to CLAIMANT’s allegations [*Cl. Memo.*, p. 26, ¶123], Art. 79 CISG does contain a remedy: exemption from liability. Accordingly, if CLAIMANT considers that Art. 79 governs hardship, it cannot simultaneously argue that there is a gap concerning the remedy only because the existent remedy is not the one it finds more favorable [*cf. Flechtner*, p. 97; *Cl. Memo.*, p. 26, ¶¶123-124]. Being exempted from liability means that, if a party fulfills the criteria described in this provision and does not perform its obligations, the counterparty is not entitled to damages [Art. 79(5) CISG; *Azeredo da Silveira*, pp. 200-201].

The available remedy does not apply to the present case, since CLAIMANT already performed.

148. Secondly, CLAIMANT argues that the gap concerning the remedy must be filled by the general principles of the CISG, under the terms of Art. 7(2) CISG [*Cl. Memo.*, p. 26, ¶123]. However, if the Tribunal considers that there is a gap to be filled by resorting to the general principles of the CISG, there is no principle from where to extract the possibility of adaptation of a contract [*Garro*, §IV, ¶15]. On the contrary, one of the general principles of the CISG is “strict liability in the performance of the seller’s obligations” [*McKendrick*, p. 1025].
149. When applying Art. 7(2) CISG, CLAIMANT invokes the principles of *favor contractus* and the duty to cooperate [*Cl. Memo.*, p. 26, ¶123]. However, one cannot derive the remedy of adaptation from these principles. Regarding the principle of *favor contractus*, no one is claiming the invalidity of the Contract, nor would the Contract become invalid if it was not adapted. In its turn, the duty to cooperate must not lead to a solution that goes against the will of the Parties, since this would disregard the principle of *pacta sunt servanda*, which also underlies the CISG [*Zaccaria*, p. 135; *Magnus II*, §4(b)]. This duty means, *inter alia*, that parties should not “jeopardize the contractual purpose” [*Magnus*, §5(b), ¶11]. This is what CLAIMANT is doing by asking for a remedy upon which the Parties did not agree.
150. Therefore, any claims regarding the possibility of adaptation of the Contract pursuant to Art. 79 CISG or to the general principles of the CISG are ill-founded.

c. In any case, the Parties derogated from Art. 79 CISG

151. Contrary to CLAIMANT’s submission [*Cl. Memo.*, pp. 24-25, ¶¶116-118], and in case the Tribunal considers that Art. 79 CISG applies to hardship, the Parties derogated this provision by including a *force majeure* and hardship clause in the contract.
152. Art. 6 CISG allows for the derogation of CISG provisions [*Schlechtriem*, p. 35; *Huber*, p. 236; *Bonell*, pp. 53-54; *Case no. 48 of 2005*]. It is widely recognized that adopting provisions in a

- contract that provide for different solutions than the ones in the CISG constitutes derogation [*Secretariat Commentary*, ¶1; *Bonell*, pp. 54, 58]. No express agreement to derogate provisions is required [*Bonell*, p. 55]. Accordingly, the CISG only applies subsidiarily [*Magnus*, §5(b), ¶1; *Honnold*, ¶2; *Azeredo da Silveira*, p. 254]. Hence, if one considers that Art. 79 CISG governs both *force majeure* and hardship, when the Parties included a *force majeure* and hardship clause in the Contract, they derogated from the former [*Lindström*, §III 4; *Bonell*, pp. 51, 56; *Honnold*, ¶2].
153. In light of the above, CLAIMANT cannot base its claim on the CISG, since Art. 79 CISG does not apply to hardship and does not provide for the adaptation of the Contract. In any case, the Parties derogated from it.

2. *Should the Tribunal consider that Art. 79 CISG governs the Parties' dispute, the requirements set by this provision are not met*

154. If the Tribunal considers that Art. 79 CISG applies to hardship, the requirements set out in this provision are not met.
155. Art. 79 CISG applies to cases when the aggrieved party is faced with an “impediment beyond his control” [Art. 79(1) CISG; *Schwenzer*, p. 712]. Even though the imposition of the tariff is evidently beyond CLAIMANT’s control, it cannot be considered as an impediment. The drafters of this provision intended to restrain the meaning of this word in comparison to its predecessor [*Lindström*, §III 4.1; *Flambouras*, §3]. Therefore, a narrow interpretation must be carried out [*Flambouras*, fn. 8; *Dai*, p. 133]. Accordingly, a 30% increase in the cost of the last shipment, which represents a 15% increase in the cost of all shipments, does not impede performance. Moreover, and as stated by CLAIMANT itself [*Cl. Memo.*, p. 26, ¶127], the impediment must constitute a disproportionate burden that surpasses the “limit of sacrifice” of the obligor [*Rimke*, p. 224; *Berger III*, pp. 538, 544; *CISG-AC* 7, ¶38; *Lindström* §IV, ¶2.1; *Uribe*, p. 241; *Azeredo da Silveira*, pp. 346-347; *Scafom v. Lorraine Tubes*]. However, the present change of circumstances does not place a disproportionate burden on CLAIMANT [*supra*, ¶¶122-130].

156. Additionally, the aggrieved party “could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract” [Art. 79(1) CISG]. CLAIMANT could have taken this event into account, since it was foreseeable, as demonstrated above [*supra*, ¶¶118-121].
157. Furthermore, CLAIMANT did not fulfill its duty to overcome the consequences of the imposition of the tariff [Art. 79(1) CISG]. Overcoming means making the necessary to “preclude the consequences of the impediment” [Tallon, p. 251; cf. Fucci, p. 32]. In *casu*, CLAIMANT read the newspaper article published on the day after the announcement of the tariff, which mentioned expressly that the tariff applied to agricultural goods [PO2, p. 58, ¶26]. Nevertheless, imprudently, CLAIMANT did not confirm whether horse semen was included in its scope [Exh. C7, p. 16, ¶1; PO2, p. 58, ¶26]. Indeed, the tariff was announced on 19 December 2017 but only took effect from 15 January 2018 onwards [PO2, p. 58, ¶25]. That creates a time window of almost one month, providing CLAIMANT with reasonable time to enquire about the specific products to which the tariff applied and to contact RESPONDENT proposing an earlier delivery. Had CLAIMANT sent the shipment slightly more than a week earlier, the shipment could have arrived to Equatoriana on 14 January 2018. It is hence crystal clear that CLAIMANT could have averted the extra costs [*American Trading Production v. Shell Int’l Marine*].
158. Lastly, Art. 79(4) requires a notice “within a reasonable time after the party [...] knew or ought to have known of the impediment”. CLAIMANT surely ought to have known of the impediment shortly after the imposition of the tariff, since it read the newspaper article published the day after the tariff was announced [PO2, p. 58, ¶26]. However, the facts show that CLAIMANT warned RESPONDENT about the increased cost only three days before the last shipment was due [Exh. C7, p. 16]. It is argued that, in these cases, the disadvantaged party consequently becomes “estopped from invoking the hardship exemption” [Brunner, p. 400].
159. Thus, even if the Tribunal considers that Art. 79 CISG applies to hardship, the present change of circumstances is not within its scope.

B. The UNIDROIT Principles do not provide for the adaptation of the Contract as a result of the imposition of the tariff

160. Contrary to what CLAIMANT alleges [*Cl. Memo.*, pp. 27-28, ¶¶132-135], the UNIDROIT Principles cannot be used as general principles of the CISG to fill its gaps (1). But even if the Tribunal applies the UNIDROIT Principles as the law applicable to the Contract, CLAIMANT is not facing hardship and is not entitled to the adaptation of the Contract (2).

1. The UNIDROIT Principles cannot be used as general principles of the CISG to fill its gaps

161. Even if the Tribunal considers that there is a gap in the CISG concerning hardship, the gap must not be filled by the UNIDROIT Principles, contrary to CLAIMANT's submission [*Cl. Memo.*, pp. 27-28, ¶¶132/134-235].

162. Using the UNIDROIT Principles to fill gaps would be against the requirement in Art. 7(2) that the general principles must be found within the CISG [*Huber*, p. 235]. Indeed, applying principles found in external legal instruments would be against the CISG's goal to promote uniformity [*Art. 7(1) CISG*]. Furthermore, there is no guarantee that any provision found in the UNIDROIT Principles really reflects the general principles of the CISG [*Kotrusz*, p. 152; *Flechtner*, pp. 95-97]. While the CISG was ratified by Contracting States, the UNIDROIT Principles were drafted by a group of independent private experts, which makes it unfair to use them to fill gaps in the former [*Kotrusz*, p. 146; *Flechtner*, pp. 96-97].

163. Consequently, the UNIDROIT Principles cannot be used as gap-fillers of the CISG.

2. Even when applying the UNIDROIT Principles as the contract law of Mediterraneo, CLAIMANT is not facing hardship and is not entitled to the adaptation of the Contract

164. The general contract law of Mediterraneo, which is applicable to the Contract, is a verbatim adoption of the UNIDROIT Principles

[*Exh. C5, p. 14 (Clause 14); PO1, p. 53, ¶4*]. However, by creating the Hardship Clause, the Parties decided to specifically regulate hardship, thus derogating from Arts. 6.2.2 and 6.2.3 UNIDROIT Principles [*cf. Art. 6.2.2, Comment 7*]. Consequently, the more detailed terms of the Hardship Clause must prevail [*Ad Hoc Arbitration (Brazil) 2005*].

165. Nevertheless, should the Tribunal resort to the UNIDROIT Principles as the general contract law of Mediterraneo, CLAIMANT is still not entitled to the adaptation of the Contract, since the imposition of the tariff is not a case of hardship under Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles (a). Should the Tribunal consider otherwise, the Contract must still not be adapted under Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles (b).

a. The imposition of the tariff is not a case of hardship under Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles

166. Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles lays out the criteria for an event to be considered as hardship. It is RESPONDENT's submission that they are not met in the present case.
167. Firstly, this provision requires that the equilibrium of the contract is changed "fundamentally" [*Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles; ICC Case No. 9479; Ad Hoc Arbitration (Brazil) 2005*]. *In casu*, this means that the increase in CLAIMANT's costs should have been "substantial" [*Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles, Comment 2a*]. One should, however, bear in mind that CLAIMANT's costs in the last shipment only increased by 30%, corresponding to 15% of the cost of all three shipments, which cannot be considered as a fundamental change [*supra*, ¶¶123- 126].
168. Secondly, "the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract" [*Art. 6.2.2(b) UNIDROIT Principles*]. However, the imposition of the tariff by the Government of Equatoriana was predictable [*supra*, ¶¶118- 121].
169. Most importantly, a situation can only be considered as hardship if the disadvantaged party did not assume the risk of the event [*Art. 6.2.2(d) UNIDROIT Principles; Fucci, p. 11*]. As it follows "from

the very nature of the Contract”, CLAIMANT assumed the risk of tariffs on imports by accepting DDP delivery [*supra*, ¶102; Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles, Comment 3d].

170. In light of the above, CLAIMANT is not in hardship pursuant to Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles.

b. Should the Tribunal consider that the imposition of the tariff is a case of hardship, the Contract must not be adapted under Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles

171. Even if the Tribunal would come to the conclusion that Claimant is facing hardship (quod non), Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles does not provide for the adaptation of the Contract in the present case, contrary to what is stated by CLAIMANT [*Cl. Memo.*, p. 28, ¶¶136-139].

172. Although Art. 6.2.3(4)(b) UNIDROIT Principles provides for the adaptation of contracts alternatively to their termination, several requirements must be fulfilled. Namely, the aggrieved party must have firstly requested renegotiations “without undue delay” [Art. 6.2.3(1) UNIDROIT Principles]. Otherwise, this would “affect the finding as to whether hardship actually existed and, if so, its consequences for the contract” [Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles, Comment 2]. However, CLAIMANT did not fulfill this requirement [*supra*, ¶158].

173. Moreover, the aggrieved party is precluded from withholding performance [Art. 6.2.3(2) UNIDROIT Principles; *Fucci*, p. 31; *Lando*, p. 39]. Nonetheless, when it learned about the applicability of the tariff, CLAIMANT put the shipment on hold and even threatened to keep it that way if RESPONDENT did not agree to its conditions [*Exh. C7*, p. 16]. Claims for adaptation of contracts have been rejected based on, *inter alia*, the fact that the aggrieved party withheld performance [*Alterra v. CETAC*; *V. D. v. AB DNB*].

174. Therefore, Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles does not provide for the adaptation of the Contract in the present case.

C. RESPONDENT is not undertaking contradictory behavior

175. Contrary to what CLAIMANT alleges [*Cl. Memo.*, p. 29, ¶140- 144], RESPONDENT's conduct is not contradictory.
176. Firstly, Mr. Shoemaker never bound RESPONDENT to an adaptation of the Contract. Three days before the last shipment, after learning that the goods would be affected by the tariff, CLAIMANT urged RESPONDENT's veterinary, Mr. Shoemaker, in order to find a solution under the penalty of keeping the shipment on hold [*Exh. C7*, p. 16; *Exh. R4*, p. 36, ¶1]. Nevertheless, CLAIMANT was well aware that Mr. Shoemaker did not have any legal training that would allow him to comprehend the problem from a legal perspective and had not been involved in the negotiations [*Exh. R4*, p. 36, ¶4].
177. Moreover, after receiving CLAIMANT's email, Mr. Shoemaker did all in its power to seek an answer from the legal department personnel, which unfortunately was not available [*PO2*, p. 59, ¶34]. Under the pressure caused by CLAIMANT's threat to keep the shipment on hold only three days before delivery was due, and understanding the importance of a timely delivery, Mr. Shoemaker contacted CLAIMANT [*Exh. C7*, p. 16, ¶3; *Exh. C8*, p. 18, ¶2; *Exh. R4*, p. 36, ¶3]. Besides making clear that he did not have the powers to authorize an additional payment, he never stated whether the situation required price adaptation or not [*Exh. C8*, p. 18, ¶2; *Exh. R4*, p. 36, ¶4]. In fact, Mr. Shoemaker merely said that an agreement on the price would be found "if the contract provides for an increased price in the case of such a high additional tariff", which it does not [*Exh. R4*, p. 36, ¶4]. Therefore, and as advised by a legal expert, Mr. Shoemaker never bound RESPONDENT to an adaptation of the price [*Exh. R4*, p. 36, ¶4].
178. Secondly, the fact RESPONDENT resold doses of frozen semen is not relevant to the present case. Contrary to CLAIMANT's allegations [*Cl. Memo.*, p. 29, ¶143], there is no resale prohibition neither in the Contract, nor in CLAIMANT's general conditions [*Exh. C5*, pp. 13-14; *PO2*, p. 55, ¶2].
179. Finally, concerning the other arbitration proceedings, the parties adopted the ICC Hardship Clause 2003, which is broader than

the Hardship Clause [*supra*, ¶108; PO2, p. 60, ¶39]. Besides, the facts in the other arbitral proceedings are different from the ones at stake in the present case [*supra*, ¶63-65]. Thus, one cannot draw a comparison.

180. All in all, RESPONDENT's conduct cannot by any means be perceived as contradictory.

CONCLUSION ON ISSUE IV

181. Should the Tribunal consider that the Hardship Clause does not entitle CLAIMANT to adaptation of the Contract, resorting to the applicable law will necessarily lead to the same conclusion. The present change of circumstances does not constitute a case of hardship neither under the CISG, nor under the UNIDROIT Principles. Besides, there is no contradictory behavior from RESPONDENT on which CLAIMANT can base its request. Therefore, this Tribunal is respectfully requested to reject CLAIMANT's prayer for RESPONDENT to cover 25% of the cost increase, which corresponds to US\$ 1,250,000.

REQUEST FOR RELIEF

In light of the above, RESPONDENT respectfully requests the Tribunal to find that:

1. The Tribunal has neither the jurisdiction nor the powers to adapt the Contract;
2. The Partial Interim Award from the other arbitration proceedings must not be admitted;
3. The situation that CLAIMANT is facing does not correspond to a case of hardship;
4. CLAIMANT is not entitled to receive the outstanding contractual payments of US\$ 1,250,000 as a result of the adaptation of the Contract.

RESPONDENT reserves the right to amend its prayer for relief as may be required.

TABLE OF AUTHORITIES

Cited as	Reference	Cited in
Alpa	ALPA, Guido – <i>Party Autonomy and Freedom of Contract Today</i> In: 21(2) European Business Law Review, Kluwer Law International (2010), pp. 119-141	¶113
Azeredo da Silveira	SILVEIRA, Mercedeh Azeredo da – <i>Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation</i> In: Kluwer Law International (2014)	¶¶124, 147, 152, 155
Bachand	BACHAND, Frédéric – <i>Do Transnational Rules Matter?</i> In: BERG, Jan van den (ed) – <i>17 International Arbitration: The Coming of a New Age?</i> , ICCA Congress Series, Kluwer Law International (2013), pp. 389-395	¶39
Beisteiner	BEISTEINER, Lisa Barbara – <i>Adjusting contracts in arbitration?</i> Schohnerr, Roadmap 14 Available at: http://roadmap2014.schoenherr.eu/adjusting-contracts-arbitration/ (consulted on 29 December 2018)	¶48
Beisteiner II	BEISTEINER, Lisa Barbara – <i>The Arbitration Agreement and Arbitrability, The (Perceived) Power of the Arbitrator to Revise a Contract – The Austrian Perspective</i> In: Klausegger, Christian; Klein, Peter, et al. (eds), <i>Austrian Yearbook on International Arbitration</i> (2014), pp. 77-122	¶52
Bergami	BERGAMI, Roberto – <i>International Delivery Risks: The Case of Delivered Duty Paid in Australia</i> In: 19(1) Acta Universitatis Bohemiae Meridionalis (2016) Available at: https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/acta.2016.19.issue-1/acta-2016-0005/acta-2016-0005.pdf (consulted on 15 January 2019)	¶102

- Berger** BERGER, Klaus Peter – *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?* ¶13, 15, 16, 19
In: BERG, Albert Jan van den (ed) – 13 *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series, Kluwer Law International (2007), pp. 301-334
- Berger II** BERGER, Klaus Peter – *Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense* ¶29, 48, 49, 50, 53, 114, 133, 134
In: 17(1) *Arbitration International* (2001), pp. 1-18
- Berger III** BERGER, Klaus Peter – *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International (2015) ¶155
- Bernini** BERNINI, Giorgio – ‘*Report: Adaptation of Contracts*’ ¶52
In: SANDERS, Pieter – *New trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress Series, Volume 1 (1983)
- Bonell** BONELL, Michael Joachim – *Article 6* ¶152
In: *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987), pp. 51-64
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb6.html> (consulted on 26 December 2018)
- Born** BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition ¶20, 41, 50, 61, 69, 71, 81
In: Kluwer Law International (2014)
- Boykin/Havalic** BOYKIN, H. James; HAVALIC, Malik – *Fruits of the Poisonous Tree: The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration* ¶59, 61, 77, 78, 95
In: *Transnational Dispute Management* (2015)
Available at: https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clwa/CIAA/panel_2_evidence.pdf (consulted on 19 December 2018)

- Brunner** BRUNNER, Christoph – *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration* ¶¶48, 124, 134, 158
In: 18 International Arbitration Law Library, Kluwer Law International (2008)
- Buydaert** BUYDAERT, Michiel – *The Passing of Risk in the International Sale of Goods: A Comparison between the CISG and the INCOTERMS* (Master's thesis) ¶102
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/buydaert.html> (consulted on 7 January 2019)
- Carlsen** CARLSEN, Anja – *Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG is the Governing Law?* ¶113
In: Pace Essay Submission, Pace Law School Institute of International Commercial Law (1998)
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html> (consulted on 17 January 2019)
- CISG-AC 7** GARRO, Alejandro M. – *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, CISG Advisory Council (2007) ¶¶143, 146, 155
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> (consulted on 10 October 2018)
- Colin Yc Ong** ONG, Colin Y. C. – *Confidentiality of Arbitral Awards and the Advantage for Arbitral Institutions to Maintain a Repository of Awards* ¶¶81, 90
In: 1(2) Asian International Arbitration Journal; Kluwer Law International (2005), pp. 169-180
- Commentary on the IBA Rules** IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999) ¶71
Available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0> (consulted on 21 December 2018)

- Couleur** COULEUR, Terri M. – *The Use of Illegally Obtained Evidence to Rebut the Insanity Defense: A New Exception to the Exclusionary Rule* ¶80
In: 74(2 Summer) *Journal of Criminal Law and Criminology*, Article 3 (1983)
Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=6368&context=jclc> (consulted on 21 December 2018)
- Dai** DAI, Tian – *A Case Analysis of Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S: The Application of Article 79 of the United Nations Convention on International Sale of Goods* ¶155
in: 1 *Perth International Law Journal* (2016), pp. 131-145
- De Cossío** DE COSSÍO, Francisco González – *La prueba ilícita: propuestas para manejar los retos que suscita en arbitrajes* ¶¶74, 78, 79, 80
In: 2014(20) *Spain Arbitration Review*, *Revista del Club Español del Arbitraje*; Wolters Kluwer España (2014), pp. 33 – 41
- Dessemontet** DESSEMONTET, François – *Arbitration and Confidentiality* ¶¶69, 81, 85, 86
Available at: <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Arbitration%20%26%20Confidentiality.pdf> (consulted on 21 December 2018)
- Ferrario** FERRARIO, Pietro – *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators* ¶52
In: 41 *International Arbitration Law Library* (2017)
- Flambouras** FLAMBOURAS, Dionysios – *Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108* ¶¶142, 143, 155
(2002)
In: *Guide to Article 79 – Comparison with Principles of European Contract Law (PECL)*
Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html> (consulted on 18 December 2018)

- Flechtner** FLECHTNER, Harry M. – *The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on “Hardship” Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court* ¶¶141, 143, 146, 147, 162
In: *Belgrade Law Review*, Year LIX (2011) no. 3, pp. 84-101
Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner10.html> (consulte on 15 December 2018)
- Fucci** FUCCI, Frederick R. – *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, American Bar Association, Section of International Law, Spring Meeting (2006) ¶¶113, 157, 169, 173
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html> (consulted on 16 December 2018)
- Gaillard/Savage** GAILLARD, Emanuel; SAVAGE, John – *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999) ¶¶48, 50, 52, 43, 114
- Garro** GARRO, Alejandro M. – Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7) (2005) ¶¶143, 146, 148
In: *Guide to This Article – Use of the UNIDROIT Principles to help interpret CISG Article 79*
Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html> (consulted on 10 December 2018)
- Holtzmann/Neuhaus** HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. ¶35
– *Matters Not Addressed in the Final Text of the 1985 UNCITRAL Model Law*
In: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International (1989)

- Honnold** HONNOLD, John O. – *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague (1999) ¶143, 152
- Huber** HUBER, Peter – *Some introductory remarks on the CISG* ¶152, 162
In: 6 *Internationales Handelsrecht* (2006), pp. 228-238
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/huber.html> (consulted on 4 January 2019)
- Irenton** IRETON, Jessica O. – *The Admissibility of Evidence in ICSID Arbitration: Considering the Validity of WikiLeaks Cables as Evidence* ¶71
In: 30(1) *ICSID Review* (2015), pp. 231-242
Available at: <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/30/1/231/2732618?redirectedFrom=fulltext> (consulted on 28 December 2018)
- Kessedjian** KESSEDJIAN, Catherine – *Competing Approaches to Force Majeure and Hardship* ¶114, 124
In: 25 *International Review of Law and Economics* (2005), pp. 641-670
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html> (consulted on 10 January 2019)
- Kotrusz** KOTRUSZ, Juraj – *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* ¶162
In: 14(1-2) *Uniform Law Review* (2009), pp. 119-163
- Lando** LANDO, Ole – *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles* ¶173
In: 37(2) *Uniform Commercial Code Law Journal* (2004), pp. 3-46
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando3.html> (consulted on 18 January 2019)

Lew	LEW, Julian D. M. – <i>The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause</i> In: BERG, Albert Jan van den (ed) – <i>Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention</i> , 9 ICCA Congress Series, Kluwer Law International (1999), pp. 114-145	¶14
Lew/Mistelis	LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. – <i>Comparative International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International (2003)	¶14
Lima Pinheiro	PINHEIRO, Luís de Lima – <i>Incoterms – Introdução e traços fundamentais</i> In: CAMPOS, Diogo Leite de (Ed.) – <i>Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita</i> , Volume II, Coimbra Editora (2009), pp. 497-514	¶102
Lindström	LINDSTRÖM, Niklas – <i>Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods</i> In: 1 Nordic Journal of Commercial Law (2006) Available at: https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html (consulted on 21 October 2018)	¶¶124, 142, 143, 146, 152, 155
Magnus	MAGNUS, Ulrich – <i>General Principles of UN-Sales Law</i> In: 59(3-4) <i>Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law</i> (1995) Available at: https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html (consulted on 22 November 2018)	¶¶152, 149, 128
Makale	MAKALE, Hakemli – <i>Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under Cisg</i> In: 6(1) <i>Hacettepe HFD</i> (2016), pp. 77-102	¶¶113, 128
Marghitola	MARGHITOLA, Reto – <i>Document Production: New Findings on an Old Issue</i> In: <i>ASA Bulletin</i> , Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International (2016), pp. 78-94	¶¶57, 59, 68, 69

- Marques** MARQUES, Ricardo Dalmaso – *A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional*
In: 12(47) *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB (2015), pp. 7-37 ¶39
- McKendrick** MCKENDRICK, Ewan – *Goode on Commercial Law*, ¶¶134, Fourth Edition, Penguin Books (2010) 148
- Moser/Bao** MOSER, Michael J.; BAO, Chiann – *A Guide to the HKIAC Arbitration Rules* ¶¶81, 90, 93
In: Oxford University Press (2017)
- Moser/Cheng** MOSER, Michael J.; CHENG, Teresa Y.W. – *Hong Kong Arbitration 100 Questions & Answers* (2013) ¶81
Available at: http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/100%20QnA.pdf (consulted on 5 January 2019)
- Papp** PAPP, Tekla – *Frustration and Hardship in Contract Law from Comparative Perspective* ¶128
In: 77 *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica* (2014), pp. 421-430
- Peiris** PEIRIS, G. L. – *The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis* ¶¶71, 73, 74
In: 13(2) *Ottawa Law Review*
Available at: https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/18_13ottawalrev3091981.pdf (consulted on 5 January 2019)
- Pilkov** PILKOV, Konstantin – *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation* ¶¶57, 59, 61, 62, 67, 71
In: *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (2014), pp. 147-155
Available at: https://www.researchgate.net/publication/308405085_Evidence_in_International_Arbitration_Criteria_for_Admission_and_Evaluation (consulted on 30 October 2018)

- Ramberg** RAMBERG, Jan – *ICC Guide to Incoterms 2010: Understanding and practical use*, International Chamber of Commerce (2011) ¶102
Available at: <http://halleycables.com/img/cms/INCOTERMS%202010%20Guide.pdf> (consulted on 10 January 2019)
- Redfern/
Hunter** REDFERN, Ian; HUNTER, Martin J. – *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press (2009) ¶¶13, 14, 39, 48
- Redfern/
Hunter II** REDFERN, Ian; HUNTER, Martin J. – *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition (2004) ¶6
- Reisman/
Freedman** REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. – *The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication*
In: Yale Law School Legal Scholarship Repository (1982) ¶71
Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/730 (consulted on 7 November 2018)
- Rimke** RIMKE, Joern – *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* ¶¶125, 143, 155
In: Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), pp. 197-243
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html> (consulted on 20 November 2018)
- Schlechtriem** SCHLECHTRIEM, Peter – *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna (1986) ¶¶42, 43, 44, 52
Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (consulted on 7 October 2018)

- Schlechtriem II** FLECHTNER, Harry M. – *Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more* ¶9
In: 18 *Journal of Law & Commerce* (1999), pp. 191-258
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html> (consulted on 20 December 2018)
- Schwenzer** SCHWENZER, Ingeborg – *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts* ¶¶114, 143, 153
In: 39(4) *Victoria University of Wellington Law Review* (2008)
- Secretariat Commentary** *Text of Secretariat Commentary on article 5 of the 1978 Draft*, UN DOC.A/CONF.97/5 ¶152
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-06.html> (consulted on 17 December 2018)
- Smeureanu** SMEUREANU, Ileana M. – *Confidentiality in International Commercial Arbitration* ¶86
In: 22 *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International (2011)
- Sund-Norrgård** SUND-NORRGÅRD, Petra – *Introduction to the Law of Contracts* ¶¶113, 128
In: HERBOTS, Jacques (Volume Editor), BLANPAIN, Roger (General Editor), HENDRICKX, Frank (General Editor) – *Finland, IEL Contracts*, Kluwer Law International (2017), pp. 21-40
- Tallon** TALLON, Denis – *Article 79* ¶¶118, 157
In: *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987), pp. 572-595
Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> (consulted on 19 December 2018)

- Uribe** URIBE, Rodrigo Momberg – *Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law. The Approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR* ¶155
 In: 15(2) The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (2011), pp. 233-266
 Available at: https://www.academia.edu/7217028/Change_of_Circumstances_in_International_Instruments_of_Contract_Law_The_Approach_of_the_CISG_PICC_PECL_and_DCFR (consulted on 11 January 2019)
- Waincymer** WAINCYMER, Jeffrey – *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International ¶¶14, 15, 16, 18, 41, 57, 59, 62, 68, 69, 71, 73, 75
 (2012)
- Wirth** WIRTH, Markus – *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* ¶¶73, 74
 In: Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC); Volume 6 (2009), pp. 177-193
- Zaccaria** ZACCARIA, Elena Christine – *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade* ¶¶114, 124, 143, 149
 In: 9 International Trade and Business Law Review (2005), pp. 135-182
 Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.pdf> (consulted on 30 November 2018)
- Zeller I** ZELLER, Bruno – *The parol evidence rule and the CISG – comparative analysis* ¶9
 In: 36(3) Comparative International Law Journal of South Africa, pp. 308-324
 Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller6.html#1> (consulted on 03 January 2019)

- Zeller II*** ZELLER, Bruno – *Article 79 Revisited* ¶¶142,
In: 14 The Vindobona Journal of International 146
Commercial Law and Arbitration (2010), pp. 151-164

TABLE OF ARBITRAL AWARDS

Cited as	Reference	Cited in
ICC		
<i>French transporter v. English company</i>	ICC Award No. 2291 1975 Final Award	¶¶53, 114
<i>ICC Award No. 1512</i>	ICC Award No. 1512 1976 Second Preliminary Award	¶52
<i>ICC Case No. 5485</i>	ICC Case No. 5485 1987 Final Award	¶14
<i>ICC Case No. 7544</i>	ICC Case No. 7544 1999 Partial Award	¶29
<i>ICC Case No. 7929</i>	ICC Case No. 7929 1995 Interim Award	¶41
<i>ICC Case No. 8486</i>	ICC Case No. 8486 1996 Available at: http://www.unilex.info/case.cf m?pid=2&do=case&id=630&step=Abstract (consulted on 17 January 2019)	¶¶118, 124
<i>ICC Case No. 9479</i>	ICC Case No. 9479 1999 Arbitral Award Available at: http://www.unilex.info/case.cf m?pid=2&do=case&id=680&step=Abstract (consulted on 21 January 2019)	¶167
<i>Mexican construction company v. Belgian company</i>	ICC Case No. 3267 1979 Partial award	¶50

Ad hoc

- Ad Hoc Arbitration (Brazil) 2005*** Ad hoc Arbitration (Brazil) ¶164,
21 December 2005 167
Arbitral Award
Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1532> (consulted on 16 January 2019)
- Aminoil Case*** Kuwait v. The American Independent Oil Company ¶48
24 March 1982
Available at:
<https://www.trans-lex.org/261900>
(consulted on 12 January 2019)
- ARAMCO-Award*** Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO) ¶133
23 August 1958
In: 27 International Law Reports, pp. 117-229
Available at:
https://www.translex.org/260800/mark_924000/aramco-award-ilr-1963-at-117-et-seq/#toc_0 (consulted on 19 January 2019)
- Himpurna Case*** Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listruik Negara ¶48
4 May 1999
Ad hoc Award
Available at:
https://www.trans-lex.org/262700/_/himpurna-california-energy-ltd-v-pt-perusahaan-listruik-negara-uncitral-ad-hoc-award-of-4-may-1999-yca-xxv-13-et-seq/
(consulted on 19 January 2019)

TABLE OF COURT DECISIONS

Cited as	Reference	Cited in
<u>International</u>		
<i>Chorzów Case</i>	Chorzów Factory Case 1992 Permanent Court of International Justice	¶81
<i>Danube Case</i>	Jurisdiction of the European Community of the Danube between Galatz and Braila Apud: REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. – <i>The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication</i> In: Yale Law School Legal Scholarship Repository (1982) Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/730 (consulted on 7 November 2018)	¶81
<u>Belgium</u>		
<i>Matermaco v. PPM Cranes</i>	Matermaco SA v. PPM Cranes Inc. 20 September 1999 Brussels Tribunal de Commerce In: REDFERN, Ian; HUNTER, Martin J. – Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, (2004)	¶14
<i>Scafom v. Lorraine Tubes</i>	Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S. 19 June 2009 Belgium Court of Cassation Available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html (consulted on 15 October 2018)	¶155

Bulgaria

- Bulbank Case*** Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc. ¶19
 Case No. T1881–99
 27 October 2000
 Swedish Supreme Court
 Available at: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1083535&propId=1578>
 (consulted on 7 January 2019)

Costa Rica

- Alterra v. CETAC*** Alterra v. CETAC ¶173
 Case No. 05-000097-0004-AR, Arbitral Award
 23 March 2006
 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia,
 San José, Costa Rica
 Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1781> (consulted on 22 January 2019)

France

- Dalico Decision*** Municipalité De Khoms El Mergeb v. Société Dalico ¶39
 20 December 1993
 Cour de Cassation
 Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314> (consulted on 20 October 2018)

Germany

BGH, XII ZR 210/04 XII ZR 210/04 ¶73
210/04 1 March 2006

German Federal Court of Justice

Available at:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b63dc8e38555c4f24f6591503dfec169&nr=35485&pos=0&anz=1>

Apud: MEYER-HAUSER, Bernard F.; WIRZ, Martina – *Guerrilla Tactics in International Arbitration*

In: 28 International Arbitration Law Library, Kluwer Law International (2013) pp. 134-145

OLG, 2 Sch 04/99 2 Sch 04/99 ¶69
04/99 30 September 1999

Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, Germany

In: XXXI Yearbook Commercial Arbitration (2006)

Italy

Nuova Fucinati v. Fondmetall International Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B. ¶¶125, 142
 14 January 1993

District Court Monza, Italy

Available at:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html> (consulted on 30 November 2018)

India

S.B.P. & Co v. Patel Engineering Ltd S.B.P. & Co vs Patel Engineering Ltd. & Anr ¶93
 26 October 2005
 Supreme Court of India

Japan

- Jec v. Ringling*** XX Y.B. Comm. Arb. 745 ¶13
 30 May 1994
 Tokyo High Ct.
 In: BORN, Gary B. – *International Arbitration: Cases and Materials*, Kluwer Law International

Lithuania

- V. D. v. AB DNB*** V. D. and others v. AB DNB bankas ¶173
 Case No. 3K-3-523/2013
 13 November 2013
 Supreme Court of Lithuania
 Available at: [http://www.unilex.info/case.cf
 m?pid=2&do=case&id=1893&step=Abstract](http://www.unilex.info/case.cf?m?pid=2&do=case&id=1893&step=Abstract)
 (consulted on 17 January 2019)

Singapore

- Insignia Tech. Co. Ltd v. Alstom Tech. Ltd 2009*** Insignia Technology Co Ltd v Alstom ¶41
 Technology Ltd
 02 June 2009
 Singapore Court of Appeal
 Available at: [http://www.commonlii.org/sg/
 cases/SGCA/2009/24.pdf](http://www.commonlii.org/sg/cases/SGCA/2009/24.pdf) (consulted on 03
 January 2019)
- Wee Shuo Woon v. HT S.R.L*** Court: Singapore Court of Appeal 2017 SGCA ¶87
 23

Spain

- A.N., Case No. 2830/2013*** No. 2830/2013 ¶¶78, 99
 26 June 2013
 Audiencia Nacional, Spain

Switzerland

- BGE, 5P.308/1999*** 5P.308/1999 ¶73
 17 February 1999
 Swiss Federal Court

<i>Chemical Products Case</i>	Company X AG v. Company Y GmbH 5 April 2005 Bundesgericht – Supreme Court of Switzerland Available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050405s1.html (consulted on 19 November 2018)	¶¶9, 42, 43, 44, 45, 106
<i>Coffee Case</i>	Buyer v. Seller (Judgment No. 120/2011) 17 March 2011 Tribunal Supremo de España Available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/110317s4.html (consulted on 11 November 2018)	¶¶43, 106
<i>FFU Case</i>	Case No. 4A_448/2013 27 March 2014 Bundesgericht, Switzerland	¶¶78, 95
<i>Judgment of 29 February 2008 Swiss Federal Tribunal</i>	X. GmbH v. Y. Corporation, 4A_452/2007 29 February 2008 First Civil Law Division of the Swiss Federal Tribunal Available at: http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/29%20fevrier%202008%20ATF%204A%20452%202007.pdf (consulted on 07 January 2018)	¶41
<i>Wine Case</i>	Case No. 4C.103/2003/lma 4 August 2003 Federal Supreme Court of Switzerland Available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030804s1.html (consulted on 29 November 2018)	¶¶42, 43, 106
<u>United Kingdom</u>		
<i>Insurance Co v. Lloyd's Syndicate</i>	Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate 27 October 1994 Queen's Bench Division (Commercial Court)	¶81

- Jones v. University of Warwick*** Jones v. University of Warwick ¶59, 73
4 February 2003
Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division)
Available at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/151.html> (consulted on 5 January 2019)
- P. v. Q*** P. v. Q ¶59
05 July 2012
The High Court Circuit Appeal, Dublin Circuit County of The City of Dublin, Ireland
Available at: <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/09859e7a3f34669680256ef3004a27de/26b230beb05fec1780257b0b0038dbc1?OpenDocument> (consulted on 10 January 2019)
- Singh v. Singh*** Singh v. Singh ¶¶59, 61
17 June 2016
High Court of Justice, Chancery Division
Birmingham District Registry Birmingham Civil Justice, United Kingdom
Available at: <https://lawmostly.com/wpcontent/uploads/2016/07/balvinder-singh.pdf> (consulted on 5 January 2019)
- Sulamerica Case*** Case No. A3/2012/0249 of 2012 ¶¶13, 14
Sulamerica Cia Nacional De Seguros S.A. V. Enesa Engenharia S.A.
England and Wales Court of Appeal
Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> (consulted on 21 October 2018)
- XL Insurance v. Owens Corning*** XL Insurance LTD v. Owens Corning Corp ¶¶13, 16
28 July 2000
Queen's Bench Division, Commercial Court
In: BORN, Gary B. – *International Arbitration: Cases and Materials*, Second Edition, Kluwer Law International, p. 292

**United States
of America**

- American
Trading
Production
v. Shell Int'l
Marine*** American Trading & Production Corp. v. Shell ¶¶125,
International Marine Ltd. 157
5 January 1972
United States Court of Appeals, Second Circuit
Available at:
<https://casetext.com/case/american-trading-pro-v-shell-intl-mar#p942> (consulted on 19 January 2019)
- Bible Case*** Bryana Bible v. United Student Aid Funds, Inc. ¶¶78, 83
18 August 2015
United States Court of Appeals, Seventh Circuit
- Gulf Oil v. FPC*** Gulf Oil Corp. v. F.P.C. ¶124
7 September 1977
Opinion of the Court
United States Court of Appeals, Third Circuit
Available at:
<https://casetext.com/case/gulf-oil-corp-v-f-p-c>
(consulted on 19 January 2019)
- Lebel Case*** Lebel v. Swincicki ¶74
2 December 1958
Michigan Supreme Court
Available at: <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1958/354-mich-427-2.html> (consulted on 8 January 2019)
- Lummus Global
Amazonas v.
Aguaytia Energy
Del Peru*** Lummus Global Amazonas v. Aguaytia Energy ¶¶28, 69
Del Peru
14 June 2002
US District Court for the Southern District of Texas
Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/256/594/2390877/> (consulted on 22 January 2019)

<i>Mapp v. Ohio</i>	In Mapp v. Ohio 1961 Supreme Court Available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/ (consulted on 10 January 2019)	¶74
<i>Methanex v. USA</i>	Methanex Corporation v. United States of America August 2005 Available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf (consulted on 17 November 2018)	¶¶75, 77, 78
<i>The People v. O'Brien</i>	People (Attorney General) v. Gerald O'Brien, Patrick O'brien 1965 Supreme Court Available at: http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/FEF50B8A93251F998025765E00373AD9/\$FILE/People%20(AG)%20v%20O%20Brien_1964.rtf (consulted on 5 January 2019)	¶¶59, 73
<i>US v. Calandra</i>	United States v. John P. Calandra 8 January 1974 Supreme Court Available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/	¶80
<i>Weeks v. US</i>	Weeks v. United States 24 February 1914 United States Supreme Court Available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/ (consulted on 5 January 2019)	¶74

CERTIFICATE

We hereby certify that this Memorandum was written only by the persons whose names are listed below and who signed this certificate:

Lisbon, 24 January 2019



Carolina ROQUE



Catarina CARREIRO



Catarina CERQUEIRA

III

Legislação traduzida

Tradução da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais*

Tradução de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA**

Resolução adotada pela Assembleia Geral a 20 de dezembro de 2018
[com base no relatório da Sexta Comissão (A/73/496)]

73/198. Convenção das Nações Unidas
sobre Acordos de Mediação Internacionais

A Assembleia Geral,

Recordando a sua resolução 2205 (XXI) de 17 de dezembro de 1966, através da qual criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional e lhe conferiu o mandato de promover a progressiva harmonização e unificação do direito comercial internacional e de, nesse âmbito, ter presentes os interesses de todos os povos, em particular

* Nota do tradutor: a Convenção entrou em vigor a 12 de setembro de 2020; a 9 de maio de 2020, já tinha sido assinada por 52 Estados: Afeganistão, Arábia Saudita, Arménia, Benim, Bielorrússia, Brunei, Cazaquistão, Chade, Chile, China, Colômbia, Congo, Coreia do Sul, Equador, Essuatíni (antiga Suazilândia), Estados Unidos da América, Filipinas, Fiji, Gabão, Geórgia, Granada, Guiné-Bissau, Haiti, Honduras, Índia, Irão, Israel, Jamaica, Jordânia, Laos, Macedónia do Norte, Malásia, Maldivas, Maurícia, Montenegro, Nigéria, Palau, Paraguai, Qatar, República Democrática do Congo, Ruanda, Samoa, Serra Leoa, Sérvia, Singapura, Sri-Lanka, Timor Leste, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai e Venezuela. Estes dados encontram-se disponíveis *on-line*, em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en.

** Professor convidado da NOVA School of Law e Doutor em processo civil. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Membro do Conselho Diretivo do ADR Lab. E-mail: joapintoferreira@novalaw.unl.pt.

daqueles de países em desenvolvimento, num amplo desenvolvimento do comércio internacional,

Recordando também a sua resolução 57/18 de 19 de novembro de 2002, na qual tomou nota da adoção pela Comissão da Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional¹ e expressiu a convicção de que a Lei Modelo, em conjunto com as Regras de Conciliação da Comissão², recomendadas na sua resolução 35/52 de 4 de dezembro de 1980, contribuiria significativamente para a criação de um enquadramento normativo harmonizado para a resolução justa e eficiente de litígios emergentes de relações comerciais internacionais,

Reconhecendo o valor da mediação como meio de resolução amigável de litígios que surjam no contexto de relações comerciais internacionais,

Convencida de que a adoção de uma convenção sobre acordos de mediação internacionais que seja aceitável para Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e económicos complementaria o enquadramento normativo existente em matéria de mediação internacional e contribuiria para o desenvolvimento de relações económicas internacionais harmoniosas,

Notando que a decisão da Comissão de preparar, em simultâneo, um projeto de convenção sobre acordos de mediação internacionais e um projeto de alteração à Lei-Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional tinha como objetivo acomodar os diferentes níveis de experiência quanto à mediação em várias jurisdições e fornecer aos Estados normas uniformes em matéria de execução transfronteiriça de acordos de mediação internacionais, sem criar expectativas de que os Estados interessados adotem qualquer destes instrumentos³,

¹ Anexo à Resolução 57/18.

² *Documentos Oficiais da Assembleia Geral, trigésima quinta sessão, Suplemento n.º 17 (A/35/17)*, parágrafo 106; v. também *Anuário da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional*, vol. XI: 1980, parte três, anexo II.

³ *Documentos Oficiais da Assembleia Geral, septuagésima segunda sessão, Suplemento n.º 17 (A/72/17)*, parágrafos 238 e 239; v. também A/CN.9/901, parágrafo 52.

Observando com satisfação que a preparação do projeto de convenção foi objeto das necessárias deliberações e que o projeto de convenção beneficiou da consulta a Governos e a organizações intergovernamentais e não-governamentais,

Tomando nota de que, na sua 51.^a sessão, a Comissão decidiu submeter o projeto de convenção à Assembleia Geral para apreciação desta⁴,

Tomando nota com satisfação do projeto de convenção aprovado pela Comissão⁵,

Manifestando o seu apreço ao Governo de Singapura pela sua oferta no sentido de acolher a cerimónia de assinatura da Convenção em Singapura,

1. *Congratula* a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional pela preparação do projeto de convenção sobre acordos de mediação internacionais;
2. *Adota* a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais, constante do anexo à presente resolução;
3. *Autoriza* a realização de uma cerimónia de abertura à assinatura da Convenção no dia 7 de agosto de 2019, em Singapura, e recomenda que a Convenção seja conhecida como “Convenção de Mediação de Singapura”;
4. *Exorta* os Governos e as organizações regionais de integração económica que pretendam fortalecer o enquadramento normativo em matéria de resolução de litígios internacionais a considerarem tornar-se partes na Convenção.

62.^a reunião plenária
20 de dezembro de 2018

⁴ *Documentos Oficiais da Assembleia Geral, septuagésima terceira sessão, Suplemento n.º 17 (A/73/17), parágrafo 49.*

⁵ *Ibid.*, anexo I.

PREÂMBULO

As Partes nesta Convenção

Reconhecendo a utilidade da mediação, enquanto meio de resolução de litígios comerciais no qual as partes em litígio solicitam o auxílio de um ou mais terceiros na tentativa de resolução amigável do mesmo, para o comércio internacional,

Observando que a mediação é cada vez mais usada na prática comercial internacional e interna como uma alternativa aos meios contenciosos,

Considerando que o uso da mediação conduz a benefícios significativos, tais como a redução dos casos em que o litígio determina o fim da relação comercial, a simplificação da administração das operações internacionais por partes numa relação comercial e a poupança de custos à administração da justiça dos Estados,

Convencidas de que a criação de um enquadramento para os acordos de mediação internacionais que seja aceitável para Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e económicos contribuiria para o desenvolvimento harmonioso das relações económicas internacionais,

Acordaram no seguinte:

Artigo 1.º – Âmbito de aplicação

1. A presente Convenção aplica-se aos acordos resultantes de mediação e celebrados por escrito pelas partes com o intuito de dirimir um litígio comercial (“acordo”), que, ao tempo da sua celebração, sejam internacionais, na medida em que:
 - a) Pelo menos duas das partes no acordo tenham o seu estabelecimento principal em Estados diferentes; ou
 - b) O Estado em que as partes do acordo tenham o seu estabelecimento principal seja diferente:

- i. Do Estado no qual uma parte substancial das obrigações resultantes do acordo deva ser cumprida; ou
 - ii. Do Estado com o qual a matéria do acordo tenha a conexão mais estreita.
- 2. A presente Convenção não se aplica a acordos:
 - a) Celebrados para dirimir litígios resultantes de operações em que uma das partes (um consumidor) atue com fins pessoais, familiares ou domésticos.
 - b) Relativos ao direito da família, ao direito das sucessões ou ao direito do trabalho.
- 3. A presente Convenção não se aplica a:
 - a) Acordos
 - i. Que tenham sido homologados por um tribunal ou celebrados durante um processo conduzido perante um tribunal; e
 - ii. Que possam ser executados como uma decisão no Estado em que o tribunal esteja situado.
 - b) Acordos que tenham sido incluídos numa decisão arbitral e que possam ser executados nos mesmos termos que essa decisão.

Artigo 2.º – Definições

- 1. Para os efeitos do n.º 1 do artigo 1.º:
 - a) Se uma parte tiver mais do que um estabelecimento principal, o estabelecimento relevante é aquele que tenha uma conexão mais estreita com o litígio dirimido no acordo, tendo em conta as circunstâncias conhecidas ou tidas em consideração pelas partes no momento da celebração do acordo.
 - b) Se uma parte não tiver estabelecimento principal, deve ter-se em conta a sua residência habitual.

2. Um acordo é considerado “escrito” quando o seu conteúdo seja documentado de alguma forma. O requisito da forma escrita do acordo é cumprido através de uma comunicação eletrónica quando a informação nela contida esteja acessível para consulta posterior.
3. “Mediação” é um processo através do qual, independentemente da base que o sustenta ou da expressão usada, as partes procuram a resolução amigável do litígio com o auxílio de um ou mais terceiros (“o mediador”) desprovidos de poderes para impor uma solução.

Artigo 3.º – Princípios gerais

1. Cada Parte na Convenção atribui força executória aos acordos de mediação em conformidade com as suas regras processuais e nas condições previstas na presente Convenção.
2. Caso surja um litígio sobre uma questão que uma das partes alegue já ter sido resolvida por meio de um acordo, as Partes na Convenção devem permitir à parte invocar o acordo em conformidade com as suas regras processuais e nas condições previstas na presente Convenção de forma a provar que a questão já foi solucionada.

Artigo 4.º – Requisitos para fazer valer o acordo

1. A parte que pretenda fazer valer um acordo em conformidade com a presente Convenção deve fornecer à autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual solicite a adoção de medidas:
 - a) O acordo assinado pelas partes;
 - b) Prova de que o acordo foi obtido em sede de mediação, como, por exemplo:
 - i) Assinatura do acordo pelo mediador;
 - ii) Documento assinado pelo mediador com a indicação de que a mediação teve lugar;

- iii) Declaração da instituição que administrou a mediação; ou
 - iv) Na falta das provas indicadas nas subalíneas anteriores, qualquer outra prova admitida pela autoridade competente.
2. O requisito de que o acordo seja assinado pelas partes ou, quando aplicável, pelo mediador considera-se preenchido quanto a comunicações eletrônicas:
- a) Se for utilizado um método para identificar as partes ou o mediador e para indicar a intenção das partes ou do mediador a propósito das informações contidas na comunicação eletrônica; e
 - b) Se o método utilizado:
 - i) For tão fiável quanto apropriado ao propósito para o qual a comunicação eletrônica foi gerada ou transmitida, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, incluindo qualquer acordo relevante; ou
 - ii) Permita provar, por si próprio ou em conjunto com outras provas, o cumprimento das funções enunciadas na alínea a).
3. Se o acordo não estiver redigido numa língua oficial da Parte na Convenção perante a qual sejam solicitadas medidas, a autoridade competente pode solicitar a tradução do acordo para essa língua.
4. A autoridade competente pode solicitar quaisquer documentos que sejam necessários à verificação do cumprimento dos requisitos estabelecidos na Convenção.
5. A autoridade competente deve atuar de forma célere na apreciação das medidas solicitadas.

Artigo 5.º – Fundamentos de rejeição das medidas solicitadas

1. A autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual sejam solicitadas medidas nos termos do artigo 4.º pode, a requerimento da parte contra a qual as medidas tenham sido solicitadas, rejeitar a sua adoção apenas quando a parte apresente a essa autoridade prova de que:

- a) Uma das partes do acordo tinha algum tipo de incapacidade;
 - b) O acordo:
 - i) É nulo, ineficaz ou não pode ser cumprido de acordo com a lei a que as partes o tenham validamente submetido ou, na falta dessa indicação, de acordo com a lei considerada aplicável pela autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual as medidas tenham sido solicitadas nos termos do artigo 4.º;
 - ii) Não é vinculativo ou definitivo, de acordo com as estipulações do próprio acordo; ou
 - iii) Foi modificado posteriormente;
 - c) As obrigações constantes do acordo:
 - i. Foram cumpridas; ou
 - ii. Não são claras ou compreensíveis;
 - d) A adoção das medidas seria contrária às estipulações do acordo;
 - e) O mediador incorreu num incumprimento grave das regras aplicáveis aos mediadores ou à mediação, sem o qual a parte em causa não teria celebrado o acordo; ou
 - f) O mediador não revelou às partes circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade e a não revelação dessas circunstâncias teve um impacto relevante ou uma influência indevida sobre uma das partes, sem o que esta não teria celebrado o acordo.
2. A autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual as medidas tenham sido solicitadas nos termos do artigo 4.º pode ainda rejeitá-las quando conclua que:
- a) A adoção das medidas seria contrária à ordem pública dessa Parte; ou
 - b) O objeto do litígio não é mediável de acordo com a lei dessa Parte.

Artigo 6.º – Pedidos ou processos paralelos

Caso seja apresentado um pedido ou instaurado um processo relacionado com o acordo junto de um tribunal judicial, de um tribunal arbitral ou de qualquer outra autoridade competente e esse pedido ou processo possam afetar as medidas solicitadas nos termos do artigo 4.º, a autoridade competente da Parte na Convenção perante a qual essas medidas tenham sido solicitadas pode, caso o considere apropriado, adiar a decisão ou, a pedido de uma das partes, determinar que a outra parte preste uma garantia adequada.

Artigo 7.º – Outras leis ou tratados

A presente Convenção não priva qualquer parte interessada do direito que esta pudesse ter de fazer valer um acordo da forma e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados da Parte na Convenção perante a qual se pretenda fazer valer esse acordo.

Artigo 8.º – Reservas

1. Qualquer Parte na Convenção pode declarar que:
 - a) Não aplicará a presente Convenção aos acordos de que seja parte ou de que sejam parte quaisquer organismos do Estado ou quaisquer pessoas que atuem em nome de organismos do Estado, na medida do estabelecido na declaração;
 - b) Só aplicará esta Convenção na medida em que as partes no acordo tenham acordado na sua aplicação.
2. Não são admitidas outras reservas além das expressamente autorizadas neste artigo.
3. As Partes na Convenção podem formular reservas a qualquer momento. As reservas formuladas no momento da assinatura estão sujeitas a confirmação no momento da ratificação, aceitação ou

aprovação. Essas reservas produzem efeito na data de entrada em vigor da Convenção quanto a essa Parte na Convenção. As reservas formuladas no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à Convenção, bem como aquelas que sejam formuladas no momento da declaração prevista no artigo 13.º, produzem efeito na data de entrada em vigor da Convenção quanto a essa Parte na Convenção. As reservas depositadas após a entrada em vigor da Convenção quanto à Parte na Convenção que as formule produzem efeitos seis meses após a data do depósito.

4. As reservas e a sua confirmação são depositadas junto do depositário.
5. Qualquer Parte na Convenção que formule uma reserva em conformidade com o disposto na presente Convenção pode retirá-la a todo o tempo. A retirada da reserva é depositada junto do depositário e produz efeitos seis meses após o depósito.

Artigo 9.º – Efeito em acordos

A presente Convenção e qualquer reserva ou retirada de uma reserva aplicam-se unicamente aos acordos celebrados após a data em que a Convenção, a reserva ou a retirada da reserva entrem em vigor quanto à Parte na Convenção em causa.

Artigo 10.º – Depositário

O Secretário-Geral das Nações Unidas é designado depositário da presente Convenção.

Artigo 11.º – Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão

1. A presente Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados em Singapura, a 7 de agosto de 2019, e, a partir dessa data, na sede das Nações Unidas em Nova Iorque.

2. A presente Convenção está sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação pelos signatários.
3. A presente Convenção está aberta à adesão de todos os Estados que não sejam signatários a partir da data em que esteja aberta à assinatura.
4. Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão são depositados junto do depositário.

Artigo 12.^o – Participação de organizações regionais de integração económica

1. Qualquer organização regional de integração económica constituída por Estados soberanos e com competência em matérias reguladas pela presente Convenção pode também assinar, ratificar, aceitar e aprovar a presente Convenção ou a ela aderir. Nesse caso, a organização regional de integração económica terá os mesmos direitos e obrigações que uma Parte na Convenção, na medida em que tenha competência relativamente a matérias reguladas pela presente Convenção. Quando o número de Partes na Convenção seja pertinente para efeitos da presente Convenção, a organização regional de integração económica não conta como sendo mais uma Parte na Convenção além dos seus Estados Membros que sejam Partes na Convenção.
2. No momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a organização regional de integração económica apresenta ao depositário uma declaração na qual especifica as matérias reguladas pela presente Convenção em relação às quais os seus Estados Membros transferiram a competência para a organização. A organização de integração económica regional deve notificar prontamente o depositário de quaisquer alterações à repartição de competência especificada nessa declaração, incluindo novas transferências de competências.

3. Qualquer referência a “Parte na Convenção”, “Partes na Convenção”, “Estado” ou “Estados” na presente Convenção é igualmente aplicável a uma organização regional de integração económica quando o contexto assim o exija.
4. A presente Convenção não prevalece sobre as regras de uma organização regional de integração económica com as quais conflitue, quer essas regras tenham sido aprovadas ou entrado em vigor antes ou depois da presente Convenção: a) quando, nos termos do artigo 4.º, as medidas sejam solicitadas num Estado que seja membro dessa organização e todos os Estados relevantes para os efeitos do artigo 1.º, n.º 1, sejam membros dessa organização; ou b) no que respeita ao reconhecimento ou execução de sentenças entre os Estados Membros dessa organização.

Artigo 13.º – Sistemas jurídicos não unificados

1. As Partes na Convenção que sejam compostas por duas ou mais unidades territoriais, nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas jurídicos em relação a matérias disciplinadas pela presente Convenção, podem, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, declarar que a presente Convenção será aplicável a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou mais delas e podem alterar essa declaração a qualquer momento, mediante nova declaração.
2. Estas declarações são notificadas ao depositário e devem indicar expressamente quais as unidades territoriais às quais se aplica a Convenção.
3. Se uma Parte na Convenção for composta por duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas jurídicos em relação a matérias disciplinadas pela presente Convenção:
 - a) Qualquer referência à lei ou a normas processuais de um Estado é interpretada, quando apropriado, como uma referência à lei ou às normas processuais em vigor na unidade territorial em causa;

- b) Qualquer referência ao estabelecimento principal num Estado é interpretada, quando apropriado, como uma referência ao estabelecimento principal na unidade territorial em causa;
 - c) Qualquer referência à autoridade competente do Estado é interpretada, quando apropriado, como uma referência à autoridade competente na unidade territorial em causa.
4. Se uma Parte na Convenção não fizer qualquer declaração nos termos do n.º 1 do presente artigo, a Convenção aplica-se a todas as unidades territoriais desse Estado.

Artigo 14.º – Entrada em vigor

1. A presente Convenção entra em vigor seis meses após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.
2. Quando um Estado ratificar, aceitar, aprovar ou aderir à presente Convenção após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a presente Convenção entra em vigor quanto a esse Estado seis meses após a data do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. A Convenção entra em vigor quanto às unidades territoriais a que seja aplicável nos termos do artigo 13.º seis meses após a notificação da declaração prevista nesse artigo.

Artigo 15.º – Alteração

1. Qualquer Parte na Convenção pode propor alterações à presente Convenção mediante a apresentação das mesmas ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunica a proposta de alteração às Partes na Convenção e solicita que estas indiquem se são favoráveis a uma conferência de Partes na Convenção com o intuito de examinar a proposta e de a submeter a votação. Se nos quatro meses seguintes a essa comunicação pelo menos um terço

das Partes na Convenção se declarar favorável a essa conferência, o Secretário-General convoca a conferência sob o auspício da ONU.

2. A conferência de Partes na Convenção desenvolve todos os esforços no sentido de obter um consenso quanto a cada alteração proposta. Quando, apesar desses esforços, não seja possível chegar a um consenso, como último recurso, a aprovação da alteração depende de uma maioria de dois terços dos votos das Partes na Convenção presentes e votantes na conferência.
3. O depositário submete as alterações aprovadas a todas as Partes na Convenção para ratificação, aceitação ou aprovação.
4. As alterações aprovadas entram em vigor seis meses após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação. Uma alteração que entre em vigor é vinculativa para as Partes na Convenção que tenham consentido em estarem vinculadas por ela.
5. Quando uma Parte na Convenção ratifique, aceite ou aprove uma alteração após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, essa alteração entra em vigor quanto a essa Parte na Convenção seis meses após a data do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação.

Artigo 16.º – **Denúncia**

1. Qualquer Parte na Convenção pode denunciar a presente Convenção mediante notificação formal por escrito dirigida ao depositário. A denúncia pode limitar-se a algumas unidades territoriais de um sistema jurídico não unificado às quais a Convenção se aplique.
2. A denúncia produz efeitos 12 meses após a receção da notificação pelo depositário. Quando a notificação estabeleça um período mais

longo para que a denúncia produza efeitos, esta produz efeitos após o decurso desse período, contado a partir da data da receção da notificação pelo depositário. A Convenção continua a aplicar-se aos acordos concluídos antes de a denúncia produzir efeitos.

FEITA num único original, cujas versões em Árabe, Chinês, Inglês, Francês, Russo e Espanhol são igualmente autênticas.

Índice Desenvolvido

NOTA DE ABERTURA	5
------------------	---

ÍNDICE	7
--------	---

I – ARTIGOS A) ARBITRAGEM

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E LITISCONSÓRCIO NO ÂMBITO DA LAV

<i>Ana Sernadas</i>	11
1. Considerações Gerais	12
1.1. Da problemática	12
1.2. Conceitos relevantes	15
1.2.1. Do conceito de (intervenção de) “terceiro”	15
1.2.2. Do conceito de “parte” da convenção de arbitragem	18
1.2.3. Extensão da convenção de arbitragem a não subscritores	21
2. Da intervenção de terceiros no Código de Processo Civil (CPC)	23
2.1. Modalidades de litisconsórcio	25
2.1.1. Do litisconsórcio necessário	25
2.1.2. Do litisconsórcio voluntário	28
2.2. Modalidades de intervenção de terceiros	29
2.2.1. Da Intervenção Principal	29
2.2.2. Da Intervenção Acessória	30

2.2.3. Da Oposição	31
3. Da intervenção de terceiros na LAV	32
3.1. Pressupostos subjetivos da intervenção de terceiro(s) na LAV	33
3.2. Iniciativa e decisão quanto à intervenção de terceiro(s)	38
3.3. Pressupostos objetivos da intervenção de terceiro(s) na LAV	41
3.4. Consequências da admissão da intervenção de terceiro(s)	45
4. Litisconsórcio Necessário e Litisconsórcio Voluntário: realidades distintas no âmbito da LAV e do CPC?	46

A FIXAÇÃO DA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL
POR ACORDO DAS PARTES: UM BREVE COMENTÁRIO
AO N.º 2 DO ARTIGO 30.º DA LEI DA ARBITRAGEM
VOLUNTÁRIA PORTUGUESA

<i>Guilherme Brandão Gomes</i>	51
1. Introdução	52
2. As origens do n.º 2 do artigo 30.º da LAV	54
2.1. O artigo 15.º do DL n.º 243/84	54
2.2. O artigo 19.º, n.º 1 da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985	55
2.3. O artigo 15.º da Lei n.º 31/86	57
2.4. O Anteprojeto de Lei da APA e a Proposta de Lei 22/XII	59
3. O n.º 2 do artigo 30.º da LAV e a possibilidade (não absoluta) de acordos sobre a tramitação do processo arbitral	63
3.1. A concretização da faculdade do n.º 2 do artigo 30.º da LAV	63
3.1.1. Regulamentos processuais ad hoc e cláusulas escalonadas	63
3.1.2. A remissão para regulamentos de centros de arbitragem	64
3.1.3. Uma questão problemática: a remissão para o Código de Processo Civil enquanto lei processual reguladora da arbitragem	64
3.2. As limitações impostas pelo n.º 2 do artigo 30.º da LAV	69
3.2.1. A limitação temporal	69

3.2.2. Os restantes limites	70
4. A pouca utilização prática do n.º 2 do artigo 30.º da LAV	80
4.1. Justificação	81
4.2. Como ultrapassá-la?	83
5. Conclusão	83

I – ARTIGOS

B) MEDIAÇÃO

MEDIAÇÃO AMBIENTAL – EXPLORANDO A PRATICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LEI N.º 29/2013

<i>Cátia Marques Cebola, Dulce Lopes, Lia Vasconcelos, Úrsula Caser</i>	87
1. Contextualização geral	88
2. A voluntariedade em contexto jurídico-administrativo e ambiental	92
2.1. A voluntariedade na prática	95
3. A confidencialidade e a sua compatibilização com a mediação ambiental	97
3.1. As dificuldades práticas da confidencialidade	99
4. A (des)igualdade em contextos de operacionalidade	102
4.1. Praticar a igualdade	103
5. As exigências legais e práticas da imparcialidade (do mediador)	105
5.1. O que exige a imparcialidade na prática em contexto ambiental	106
6. Dimensões legais e práticas da independência do mediador ambiental	107
6.1. Corolários práticos	108
a) A independência do mediador face às pessoas	109
b) A independência do mediador no processo	109
7. O mediador ambiental – requisitos de competência	111
i) Conhecimentos relativos ao objeto do conflito	113
ii) Competência para o desenho e execução do processo – interativo e flexível – no decorrer da mediação	113
iii) Competência para constituir a equipa de mediadores adequada a cada processo	114

iv) Trabalho consciente com (e contra) os media (tradicionais/sociais)	114
8. A responsabilidade do mediador: do quadro legal ao contexto ambiental	114
9. A executoriedade em mediação ambiental: dificuldades	117
10. Conclusões	120
GESTÃO DE EMOÇÕES NA MEDIAÇÃO	
<i>Marta Ribeiro de Sousa</i>	123
Introdução	124
1. As emoções na mediação	125
1.1. O mediador	125
1.2. O mediado	129
1.3. A relação mediador – mediado	135
II – XXVI VIS MOOT COURT RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO	
PREFÁCIO	
<i>André Pereira da Fonseca, Rute Alves</i>	145
XXIV VIS MOOT COURT – RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO	
<i>Carolina Apolo Roque, Catarina de Medeiros Carreiro, Catarina Cerqueira</i>	149
I. Introdução	149
II. A lei aplicável à cláusula arbitral	149
III. A admissibilidade de prova ilicitamente obtida	153
IV. A adaptação do Contrato com base em hardship	157
TWENTY-SIXTH ANNUAL	
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <i>Memorandum for Claimant</i>	163
TWENTY-SIXTH ANNUAL	
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <i>Memorandum for Respondent</i>	231

III – LEGISLAÇÃO TRADUZIDA

TRADUÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ACORDOS DE MEDIAÇÃO INTERNACIONAIS

Tradução de João Pedro Pinto-Ferreira

309



DISPUTE
RESOLUTION
FORUM **ADR LAB**

labral@novalaw.unl.pt