

Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional

Carlos Alberto Carmona¹

SUMÁRIO: I – *Soft law*: nova mania internacional? II – Uma *Task Force* pouco diversificada. III – Âmbito de aplicação das *Guidelines*. IV – Representação da parte. V – Comunicação com os árbitros. VI – Alegações feitas pelos representantes de parte ao Tribunal Arbitral. VII – Troca de informações e revelações. VIII – Testemunhas e peritos. IX – Remédios para a má conduta do representante de parte. X – Para concluir.

I - *Soft law*: nova mania internacional?

Soft laws não são leis, não são regras, não são comandos: são diretrizes, orientações, esclarecimentos, aconselhamentos que objetivam harmonizar (não uniformizar!) comportamentos e perspectivas, especialmente no âmbito internacional². Assim, à primeira vista, iniciativas como aquelas oriundas da *International Bar Association* (IBA) relativamente à arbitragem internacional são bem-vindas, oferecendo uma ferramenta útil para a interação de partes, árbitros, advogados e demais operadores da arbitragem provenientes de ambientes culturais diversos³.

¹ Professor Doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Endereço: denisemartins@mrtc.com.br

² André de Albuquerque C. Abbud, em recente tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (A *Soft Law* Processual na Arbitragem Internacional: a Produção de Provas, 2013, p. 12-13), embora identifique pelo menos três sentidos principais para a expressão *soft law*, afirma que, em seu sentido mais genérico, a expressão “aponta para todos os instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada, isto é, que em princípio não são vinculantes, não criam obrigações jurídicas, mas ainda assim produzem certos efeitos concretos aos destinatários”.

³ Michael E. Schneider (<http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa/news-&-projects/presidents-message/index.html#.UotdINK-qmU>, acesso em 19 de novembro de 2013) manifesta seu desagrado com as *Guidelines* – na qualidade de presidente da Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) – apresentando uma “mensagem do presidente” com este interessante título: “*Yet another opportunity to waste time and money on procedural skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representation*”. A conclusão da “mensagem presidencial” é enfática: “*The role of counsel in international arbitration is of critical importance and it deserves special attention by those concerned with the process. ASA has recognized this importance, for instance by its Advocacy Prize and the Charter on which it is based. However, regulating the conduct of party representatives as the IBA now has done is the wrong answer and one can only hope that the IBA Guidelines on Party Representation quickly fall into oblivion or, better, never are applied.*” A crítica – genérica, vaga, exagerada e pouco construtiva – parece-me francamente sem valor científico. Ainda que existam dúvidas e restrições acerca de algumas das orientações constantes da *soft law* em questão, certamente o trabalho é ferramenta útil para o desenvolvimento da arbitragem internacional.

A IBA protagonizou várias *soft laws* de excelente calibre, tratando do comportamento ético dos árbitros⁴, de conflitos de interesse e revelações⁵, de produção de provas⁶, todas de ampla utilização no âmbito da arbitragem internacional, de modo que a edição, em maio de 2013, das orientações em matéria de representação de parte na arbitragem (*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*)⁷ merece reflexão, na medida em que pode alcançar a mesma **repercussão** (ou **sucesso**, segundo alguns) dos instrumentos anteriores.

Mas antes de iniciar a análise pontual das diretrizes sugeridas pela IBA neste seu último trabalho, convém perguntar se essa metodologia, consistente em ditar *guidelines*, não se estaria transformando numa verdadeira mania (ou obsessão, quem sabe) em sede de arbitragem internacional, o que tenderia a engessar um mecanismo de solução de controvérsias que nasceu livre de peias, regras burocráticas, malabarismos processualísticos e padronizações desnecessárias, e que respira criatividade, flexibilidade e agilidade. A tão decantada autonomia da vontade das partes não estaria comprometida com tal número crescente de orientações e diretrizes? Não estaríamos caminhando para a construção de um “processo arbitral internacional”, com a criação de um assustador código de processo arbitral internacional? Não estaríamos substituindo um **mal** (o processo estatal) por um **mal maior** (o processo internacional)?

Com efeito, se a arbitragem é fruto da liberdade, o excesso de regulamentação – ainda que num nível brando, como o de uma *soft law* – pode significar o próprio fim da arbitragem como método **adequado** de solução de controvérsias.

Tentar harmonizar comportamentos pode, em certa medida, produzir efeito inverso ao desejado pelos idealizadores dessas diretrizes. Temo que se multipliquem e ampliem de tal modo essas iniciativas de regulamentação que, em pouco tempo, teremos tentativas de impor modelos de petições, estruturas de sentenças e fórmulas de apresentação de depoimentos escritos. Nada disso

⁴ *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*.

⁵ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, aprovada em 22 de maio de 2004 pelo Conselho da IBA.

⁶ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, aprovada em 29 de maio de 2010.

⁷ Anexo a este ensaio uma tradução livre das *Guidelines*, preparada por meus colegas Mônica Mello, Berardino Di Vecchia Neto e Gustavo Ramos, revista por mim.

engrandece a arbitragem, e faz prever que sejam cortadas rentes as asas da imaginação, que tem feito evoluir esse meio adequado de solução de controvérsias. Se tal acontecer, será melhor abandonar a arbitragem e inventar outro meio de solução de litígios. Se continuar a sanha harmonizadora, é bem provável que, dentro de alguns anos, estejamos nos referindo a uma “arbitragem vinculada” em oposição a uma “arbitragem livre”!⁸

As diretrizes que ora comento, portanto, estão tangenciando o limite da regulamentação aceitável para a arbitragem internacional. Oxalá não haja muitas outras tentativas do gênero. E tenho que dizer, desde já, que estas diretrizes de maio de 2013 causam mais perplexidade que conforto, mais dúvida que harmonia, mais preocupação que alívio. É o que tentarei demonstrar neste ensaio.

II – Uma *Task Force* pouco diversificada

O Comitê de Arbitragem da IBA tem mais de 2.600 membros, oriundos de pelo menos 115 países. A *Task Force* reunida para redigir as Diretrizes sobre Representação de Parte em Arbitragem Internacional (as *Guidelines*) contou com 23 membros, dentre os quais 7 são norte-americanos, 3 são ingleses, 3 atuam na França, 2 são de Singapura, 2 são suíços, 1 é colombiano, 1 vem da Nigéria, 1 é espanhol, 1 é japonês, 1 é mexicano e o último é alemão. Dos 23 membros, 13 atuam em países de *common law* e 10 desenvolvem suas atividades profissionais em países cujo regime jurídico é de *civil law*.

Considerando que as *Guidelines* tendem a criar diretrizes que sirvam para a arbitragem internacional (normalmente envolvendo partes de diversas nacionalidades), é efetivamente estranho que a IBA tenha decidido montar uma comissão com nítido predomínio norte-americano. Isso explica, de qualquer forma, o desconforto que muitas das diretrizes provocam em estudiosos de outras nacionalidades. Vejo nessa escolha, propositadamente concentrada em juristas de determinados países, um verdadeiro projeto político de difusão de fórmulas palatáveis para países desenvolvidos, o que naturalmente provoca

⁸ Anoto, dentre as iniciativas de harmonização a que me refiro, o trabalho que está sendo elaborado por uma comissão criada pelo Instituto Ibero Americano de Direito Processual com o escopo de analisar se é conveniente ou não redigir as bases para um Código Modelo de processo arbitral para a Ibero-América.

uma reação adversa nos nacionais de **países em desenvolvimento** (permitam-me o eufemismo). Muitos não de temer que as orientações sobre representação de parte na arbitragem internacional tenham o mesmo gosto anglo-saxônico das diretrizes para a produção de provas, ou provoquem o mesmo ofuscamento do semáforo inventado para as diretrizes relativas a conflitos e revelações⁹.

De um jeito ou de outro, muitos têm manifestado seu desalento e desconsolo com esse novo trabalho da IBA, que deveria ter se preocupado em convocar um grupo mais heterogêneo de juristas, capaz de representar melhor a comunidade jurídica globalizada, o que permitiria que a harmonização proposta tivesse possibilidade de empolgar maior quantidade de nacionais dos quatro cantos do planeta.

Alguém já disse que uma boa diretriz internacional é aquela que oferece sugestão que deixe desconfortáveis todos os atores em determinado procedimento. Em outras palavras: na medida em que ninguém se sinta em casa, todos serão tratados de forma igualitária, permitindo-se uma maior isonomia entre os litigantes. Não acredito nisso. Harmonizar normas e regras não significa distribuir desolação. Tratar de forma igualitária não é o mesmo que destratar isonomicamente. Isto não faz sentido. Se houver alguma utilidade na *soft law*, será a de trazer a todos os participantes de um determinado procedimento igual conforto. A aplicação adequada de diretrizes de qualidade deve, portanto, produzir segurança jurídica, não desconforto generalizado. Resta saber se essas diretrizes sobre a representação de parte na arbitragem internacional produzidas pela IBA atingiram aquele objetivo superior.

III – Âmbito de aplicação das *Guidelines*

O primeiro artigo das *Guidelines* é dedicado ao seu âmbito de aplicação. Diz-se ali que as diretrizes serão aplicadas em duas circunstâncias: por vontade expressa das partes ou por determinação do tribunal arbitral, depois de ouvidas as partes. Em outros termos, as diretrizes podem ser aplicadas **pela** vontade das partes ou **contra** a vontade das partes.

⁹ Este “gosto anglo-saxônico” das *soft laws* editadas pela IBA em matéria de arbitragem não compromete, é claro, a excelência técnica das diretrizes; mas é natural que tais orientações tenham menor capacidade de empolgar nacionais de outros rincões.

Com efeito, poderão as partes, já na convenção de arbitragem, deixar claro que invocam as diretrizes, autorizando os árbitros a aplicá-las integral ou parcialmente. Isso afasta qualquer surpresa para os litigantes no sentido de verem invocados parâmetros comportamentais não esperados ou adotadas soluções inusitadas para questões surgidas durante a arbitragem.

Preocupa, porém, a segunda alternativa, ou seja, a aplicação das *Guidelines* mesmo quando as partes não tiverem invocado o instrumento. Não basta, é claro, garantir o contraditório para que a questão da aplicação de uma *soft law* seja resolvida, pois uma das partes (ou até mesmo todas elas) pode manifestar-se contrariamente à aplicação de qualquer dispositivo das diretrizes invocado pelos árbitros e estes, mesmo assim – alegando falta de outro parâmetro para decidir – insistam em resolver algum incidente com base nele. Haveria nessa hipótese alguma nulidade que pudesse contaminar o processo arbitral?

As diretrizes deixam claro que as sugestões ali constantes não afastam de modo algum a legislação aplicável ao caso concreto ou o regulamento escolhido pelas partes. Se as partes estiverem ligadas (por escolha ou por decisão dos árbitros) a um sistema legislativo, e se tal sistema oferecer solução para um determinado incidente, não há lugar para invocação de qualquer dispositivo das *Guidelines*. O mesmo pode ser dito sobre o regulamento adotado pelas partes: se houver solução para o problema previsto no próprio regulamento, não há motivo para invocar algum dispositivo das diretrizes. O problema ocorrerá quando nem a lei, nem o regulamento oferecerem solução para determinada questão ligada à representação de parte e os litigantes não tiverem feito menção às diretrizes. Neste caso, o tribunal arbitral deverá permitir às partes que se manifestem sobre eventual aplicação das orientações e – seja qual for a reação das partes – poderá usar o instrumento.

Não acredito que isso possa, de alguma forma, comprometer o procedimento arbitral: não havendo regra pré-determinada para solucionar algum incidente, estarão os árbitros autorizados a empregar – como qualquer juiz estaria – os mecanismos de interpretação e de integração da norma aplicável ao caso concreto, de modo que poderá socorrer-se da analogia, dos

bons costumes e dos princípios gerais do direito¹⁰. Creio que as diretrizes sejam (ou pelo menos deveriam ser!) uma síntese disso tudo, de modo que sua aplicação simplesmente criaria um atalho para métodos interpretativos que os árbitros legitimamente podem empregar na falta de solução legal para uma determinada questão.

O fato de normalmente a parte ser representada por advogado, sujeito à regulamentação própria de sua profissão, não afastará *a priori* eventual incidência das diretrizes. Faço um teste para raciocínio: imagine-se uma arbitragem em São Paulo envolvendo uma parte brasileira representada por advogado brasileiro e uma parte estrangeira representada por advogado estrangeiro. Ainda que a lei escolhida seja a brasileira, eventual conduta inadequada do advogado estrangeiro não poderá ser submetida ao regramento da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), muito menos ao controle da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), já que o representante da parte, estrangeiro, não está submetido ao controle do órgão de classe brasileiro. Assim, nem a lei aplicável à arbitragem, nem a *lex fori* (se for diferente da lei aplicável à arbitragem) resolverão o problema de má conduta do representante, hipótese em que os dispositivos das *Guidelines* poderão, sem dúvida alguma, auxiliar os árbitros na solução do problema.

IV – Representação da parte

Tão logo seja iniciado o procedimento arbitral, cumpre ao representante de parte identificar-se como tal para que assim seja reconhecido por todos quantos devam participar da arbitragem. Sabendo-se que o representante de parte não precisa ser advogado (aliás, não precisa ter qualquer qualificação especial), nada impedirá que a parte faça-se representar por um de seus gerentes ou diretores ou por alguém que não esteja ligado a seus quadros. Neste caso, vale lembrar a posição do advogado estrangeiro numa arbitragem que se desenvolva em território brasileiro.

A OAB tem se posicionado francamente contra a atuação de advogados estrangeiros no Brasil, limitando a atividade de tais profissionais à

¹⁰ No direito pátrio, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

consultoria ligada ao ordenamento jurídico em que estejam inseridos¹¹. Em sede de arbitragem, temo, a posição do órgão de classe não será diferente, e não permitirá que advogados estrangeiros atuem, em território nacional, como advogados. Mas ainda que a OAB mantenha seu ponto de vista, nada impedirá que a parte interessada nomeie, como seu representante na arbitragem, um advogado estrangeiro, **que não atuará na função de advogado**, já que a lei brasileira, como tantas outras, não exige a presença de advogados em processos arbitrais. Tal atuação, evidentemente, não ferirá qualquer preceito da legislação brasileira e não configurará exercício ilegal da profissão de advogado em território nacional. Um engenheiro, um médico, um sociólogo ou um técnico (nacionais ou estrangeiros) podem figurar na arbitragem como representantes de parte; um advogado estrangeiro, portanto, também poderá assumir tal encargo sem melindrar o órgão de classe.¹²

Constituído o Tribunal Arbitral, pode surgir um incidente que as *Guidelines* pretendem resolver, qual seja, a substituição do representante originário da parte por alguém que possa provocar um conflito de interesses com algum dos árbitros. Imagine-se que o representante do requerente seja substituído por um advogado que seja parente de algum dos árbitros. O que fazer diante do conflito? A rigor, o árbitro conflitado deveria ser substituído. Mas há natural interesse em preservar a higidez do processo arbitral em tal situação, mesmo sem considerar a possibilidade de malícia, com a nomeação de representante para o fim específico de gerar o conflito e afastar algum dos árbitros.

Constituído o tribunal, portanto, e surgido o conflito por conta do novo representante de parte, é razoável adotar a diretriz recomendada pela IBA, qual seja, o novo representante não pode ser admitido e deve ser substituído.

Não conheço precedente nas arbitragens comerciais a tal respeito, mas existem precedentes nas arbitragens de investimento, sendo o Caso Hrvatska o precedente mais conhecido.

¹¹ Provimento 91/2000 do Conselho Federal da OAB.

¹² A bem da verdade, o provimento em questão, em seu artigo 1º, proíbe o profissional estrangeiro de prestar, no Brasil, serviços típicos de advocacia, tomando o cuidado de especificar, no parágrafo primeiro de tal artigo, que, mesmo quando autorizado (a título precário) a desempenhar atividades no país, não poderá exercer o “procuratório judicial” ou a “consultoria ou assessoria em direito brasileiro”. O advogado estrangeiro na arbitragem não praticará nem uma nem outra atividade.

Trata-se de arbitragem de investimento administrada pelo ICSID¹³ em que figurava como Requerente a sociedade Hrvatska Elektroprivreda e como Requerida a República da Eslovênia. Instituída a arbitragem (em 2005), foi regularmente constituído o tribunal arbitral, que designou, depois da regular troca de memoriais e documentos, audiência de instrução (em 2008). A Requerida apresentou a lista de pessoas que estariam presentes na audiência de instrução, lista essa que incluía, dentre outros advogados da Requerida, o Sr. David Mildon (Mildon). Mildon e o Sr. David Williams (Williams) – Presidente do Tribunal Arbitral – eram membros da mesma câmara de “*barristers*” em Londres, a “*Essex Court Chambers London*”. A Requerente solicitou que fossem fornecidos todos os detalhes da relação profissional e pessoal entre Mildon e Williams, bem como informações sobre a data exata em que a Requerida decidiu ter Mildon como parte de sua equipe de advogados na arbitragem. O presidente do tribunal arbitral informou que não mantinha relação pessoal com Mildon, não vislumbrando fato que afetasse sua imparcialidade. A Requerida, por sua vez, informou que não estava obrigada a prestar as informações solicitadas pelo Requerente, mas esclareceu que Mildon não mantinha relação pessoal ou profissional com Williams. A Requerente invocou o artigo 18(1)¹⁴ das regras da ICSID, que obrigaria a parte a informar o Secretário Geral sobre a identidade do advogado para que este, posteriormente, informasse a parte contrária e o Tribunal Arbitral. Além disso, fez referência aos artigos 19¹⁵ e 39¹⁶ das regras do ICSID e afirmou que o

¹³ O ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes – é uma instituição internacional criada por força da Convenção sobre solução de disputas de investimento entre Estados e nacionais de outros Estados (Convenção de Washington, 1965), que conta hoje com a adesão de mais de 140 estados membros. O propósito primário do ICSID é oferecer a estrutura necessária para conciliação e arbitragem de disputas sobre investimentos internacionais.

¹⁴ **Rule 18 - Representation of the Parties:** (1) Each party may be represented or assisted by agents, counsel or advocates whose names and authority shall be notified by that party to the Secretary-General, who shall promptly inform the Tribunal and the other party.

¹⁵ **Rule 19 - Procedural Orders:** The Tribunal shall make the orders required for the conduct of the proceeding.

¹⁶ **Rule 39 - Provisional Measures:** (1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures. (2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1). (3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations. (4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations. (5) If a party makes a request pursuant to paragraph (1) before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall, on the application of either party, fix time limits for the parties to present observations on the request, so that the request and observations may be considered by the Tribunal promptly upon its constitution. (6) Nothing in this Rule shall prevent

Tribunal Arbitral possuiria um **poder inerente** para decidir sobre questões desse tipo. A Requerida alegou que não reconhecia qualquer poder inerente do Tribunal Arbitral e que os poderes do Tribunal estavam expressamente determinados nas regras aplicáveis.

O Tribunal Arbitral concluiu que sua obrigação era a de atuar como guardião do procedimento arbitral e, assim, tomar as medidas necessárias para assegurar que a sentença final fosse proferida sob uma base jurídica firme e que não fosse afetada por imperfeições procedimentais. Dessa forma, se o Tribunal Arbitral acolhesse o pedido da Requerente (impedindo que Mildon participasse do procedimento) poderia, posteriormente, ser confrontado pela Requerida, que alegaria o cerceamento de seu direito de ser devidamente representada e de apresentar seu caso. Por outro lado, se o Tribunal Arbitral rejeitasse o pedido da Requerente, esta poderia alegar que a sentença fora proferida por um Tribunal Arbitral parcial, sendo-lhe negada a oportunidade de um “juízo justo” como determina o artigo 6 das regras do ICSID.

O Tribunal Arbitral entendeu que existia um conflito entre princípios: de um lado, deve possibilitar-se à parte a livre escolha de seu representante; de outro lado, o Tribunal Arbitral tem o dever de tomar medidas para, quando constituído adequadamente, manter-se imutável (Artigo 56 (1) das Regras do ICSID)¹⁷. Concluíram os árbitros que a análise das circunstâncias do caso levava o Tribunal a uma decisão: ou William (presidente do Tribunal Arbitral) renunciaria ou o Tribunal determinaria que Mildon se retirasse do caso. Tendo em vista o princípio da imutabilidade do Tribunal Arbitral, bem como a manifestação das Partes que se disseram contrárias à renúncia de William, decidiram os árbitros que a participação do representante da parte no caso (Mildon) seria inapropriada.

Cena semelhante já foi vista em nosso cenário forense, e o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que “[a] contratação superveniente de determinado advogado, por parte da requerida, logo após o

the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to or after the institution of the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests.

¹⁷ **CHAPTER V - Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators - Article 56:** (1) After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

juízo – a ela desfavorável – dos embargos infringentes, constitui o único fator responsável pelo desencadeamento da série de declarações de impedimento ou suspeição por parte dos membros do Tribunal *a quo*, ressaltando-se que nove deles já haviam participado de pelo menos um dos julgamentos anteriormente realizados”; conseqüentemente, o Tribunal resolveu “(...) declarar o impedimento do causídico constituído nas referidas circunstâncias, por aplicação analógica da segunda parte do art. 134, par. único do CPC (...)”¹⁸.

Parece-me, portanto, que os artigos 5 e 6 das *Guidelines* conformam-se perfeitamente à realidade brasileira, sendo certo que os árbitros possuem os poderes inerentes necessários para remover o representante de parte que, depois de constituído o tribunal arbitral, pretenda participar da arbitragem e ostente alguma circunstância que crie conflito com membro do tribunal arbitral no que diz respeito à sua independência e imparcialidade.

O tema da exclusão de representante de parte da arbitragem, de qualquer modo, não para na hipótese de conflito: caso o representante de parte comporte-se de modo inapropriado, impedindo ao regular andamento da arbitragem, não está descartada a hipótese de determinarem os árbitros que a parte substitua seu representante. Embora a questão não esteja tratada de forma clara nas diretrizes, creio que a medida extrema é possível e está incluída – como examinarei adiante – nos remédios previstos no art. 26 (d).

V – Comunicação com os árbitros

A primeira preocupação externada nas diretrizes quando trata da comunicação entre representantes de partes e árbitros diz respeito ao contato **unilateral**, sem a presença do representante da parte adversária.

Os anglo-saxões, de modo geral, manifestam enorme desconforto com a possibilidade de haver alguma comunicação entre o representante de uma das partes e o julgador sem a presença da contraparte: parece bastante estranho a um advogado norte-americano, por exemplo, que um advogado brasileiro apresente um memorial (por vezes acompanhado de um parecer) aos membros de um tribunal estatal às vésperas do julgamento. Tal procedimento,

¹⁸ AO-QO 1120/AM, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 26.08.2005.

entretanto, não soa estranho em nossas paragens, onde o contato entre advogados e juízes não pressupõe a necessidade de todos os advogados estarem presentes, de modo que é comum solicitar audiência a ministros e desembargadores para a entrega de memoriais ou pareceres, sem que o representante do adversário sequer saiba desse fato. Mais ainda: é absolutamente usual que advogados apresentem-se nos gabinetes de magistrados para despachar petições dos mais diversos matizes, com ou sem pleitos emergenciais, sem que isso provoque reações adversas entre os nossos operadores do direito.

Os mesmos brasileiros que reconhecem absolutamente normal este contato entre advogado e juiz togado, concordam, porém – de modo algo contraditório – que em sede arbitral não parece conveniente a comunicação unilateral com um ou com alguns dos membros do tribunal, de modo que o costume judiciário (de apresentar memoriais e petições aos julgadores) não se reproduz no processo arbitral. Portanto, não causa estranheza a orientação constante da sétima diretriz das *Guidelines* no sentido de que as comunicações unilaterais são desaconselhadas (a menos que as partes decidam de maneira diversa, o que nunca vi acontecer entre nós).

Procurando os limites da recomendação sob foco, pergunto-me (retoricamente) se o art. 7 referido proibiria um telefonema do representante de parte ao presidente do painel para solicitar urgência numa decisão ou para solicitar medida de organização do procedimento (notificação de testemunha, preparação de equipamento para oitiva à distância de um depoente, contratação de tradutor). *In medio, virtus*: não parece que haja nada de errado no contato do representante com o presidente do painel para tratar de alguma providência urgente de caráter procedimental. Mas faço duas observações: em primeiro, a comunicação deve ser com o presidente do tribunal, não com os coárbitros, muito menos com o coárbitro indicado pela parte (que não é o interlocutor da parte no tribunal arbitral); segundo, o presidente deve imediatamente informar os demais árbitros, e também a outra parte acerca do contato havido, por questão de transparência. O contato urgente pode ser efetivamente necessário e, em determinados procedimentos, não pode aguardar a apresentação de petições, sob pena de perder-se a oportunidade de solucionar-se o problema. Nestes casos – mas apenas nestes casos –

parece haver lugar para temperamento da desejada proibição de contatos unilaterais entre representantes e árbitros.

Questão mais aguda – e ligada a expectativas de base cultural – é a entrevista com possíveis coárbitros ou com possíveis presidentes de painéis arbitrais tratada no oitavo dispositivo das *Guidelines*.

A prospecção de árbitros é atividade normalmente delegada ao representante da parte, a quem incumbe obter informações sobre a disponibilidade e habilidade de possíveis componentes do painel de julgadores. É razoável, assim, que se queira entrevistar pessoas que eventualmente poderão ser indicadas para a composição do tribunal arbitral, não havendo impedimento para tal entrevista.

Com efeito, pode ser absolutamente imprescindível conversar com o árbitro para saber se sua especialidade profissional é suficientemente ampla para habilitá-lo a entender adequadamente os problemas de que terá de tratar; pode ser necessário, por outro lado, aferir a capacidade de o árbitro prospectado expressar-se adequadamente numa língua estrangeira; por vezes, é preciso perquirir mais profundamente sobre a existência de conflitos e entender ligações pretéritas ou presentes entre o árbitro e alguma das partes envolvidas no litígio. Mas isso não é tudo: é muito comum que a parte – depois de ouvir as sugestões do seu representante sobre a formação do tribunal – queira conhecer o árbitro prospectado, para formar seu próprio juízo sobre a conveniência e oportunidade de nomeá-lo. Tal curiosidade não tem nada de condenável e o contato *tête-à-tête* está em conformidade com a “regra do jogo”.

O que não se admite, numa entrevista, é discussão sobre ponto de vista do árbitro a respeito de qualquer questão ligada à causa. Neste ponto, as *Guidelines* disseram menos do que deveriam, já que o art. 8 ‘d’ afirma que nessas comunicações – permitidas – entre árbitro e representante de parte, este último não deve tentar perquirir a opinião do possível futuro árbitro sobre “a substância da disputa”. Creio que não é só isso: o representante de parte não pode tentar discutir qualquer questão relativa à arbitragem, sejam tais questões relativas ao mérito ou ao processo arbitral. Assim, não podem ser tratados na entrevista temas como a validade e o alcance da convenção de arbitragem, a concessão de tutela de urgência, o idioma, o local da arbitragem,

ou qualquer outro tema de ordem processual ou procedimental. Também seria impróprio oferecer ao árbitro prospectado resumo preparado para exposição da questão a ser submetida à arbitragem ou cópia de documentos. Embora tudo isso pareça elementar, a crescente utilização da arbitragem tem criado algum constrangimento nessa área, de modo que os árbitros prospectados devem ser bastante assertivos sobre o escopo da entrevista que poderão conceder.

Se as duas diretrizes acima referidas são bastante palatáveis para o público brasileiro, aquelas relativas à indicação do presidente do tribunal arbitral (arts. 8 'b' e 8 'c') já encontram maior resistência.

Estabelecem as *Guidelines* que o representante de parte pode comunicar-se com o coárbitro (já indicado) ou com o coárbitro prospectado para tratar da seleção do presidente do painel. A questão é delicada e aproxima excessivamente o coárbitro da parte que o indicou, de modo que a diretriz parece mais amoldada a uma visão anglo-saxônica da arbitragem.

Com efeito, quando as partes determinarem que o presidente do painel seja escolhido pelos coárbitros (árbitros indicados pelas partes) nada garante que as partes (e seus representantes) terão qualquer ingerência em tal escolha. Na verdade, ausente qualquer acordo em sentido contrário, um advogado brasileiro não espera que os coárbitros o consultem sobre a nomeação do presidente do painel. Em termos ideais, o melhor é que as partes, já na convenção de arbitragem, decidam se querem ser consultadas sobre o nome do presidente e qual será o nível de ingerência na consulta: podem as partes ser chamadas a escolher alguns nomes entre aqueles selecionados pelos coárbitros, podem ser instadas a recusar algum (ou alguns) dos nomes prospectados pelos coárbitros para ocupar a presidência do painel (sem necessidade de formular qualquer justificativa), podem ser estimuladas a sugerir uma lista de candidatos à presidência do painel ou podem ainda ser instadas a informar que características e habilidades julgam adequadas para o presidente que os coárbitros livremente escolherão.

Embora, como disse, a consulta aos representantes de parte não seja a fórmula mais usual entre nós (ausente, repito, previsão em contrário), creio que a diretriz tende a favorecer maior intervenção dos representantes de parte na escolha do *chairperson* do tribunal arbitral. Não vejo nisso qualquer desvantagem para a arbitragem. Antes, considero que tal procedimento tende a

aumentar o grau de participação da parte (por meio de seu representante) na administração da justiça pela via arbitral. A maior participação na formação do tribunal tende a aumentar tanto a legitimidade do órgão julgador quanto o grau de confiabilidade do painel.

O dispositivo apontado, de qualquer modo, trata da possibilidade de o representante de parte entrar em contato com o coárbitro, não o contrário. Se a iniciativa deve partir do representante, creio que isso pode provocar algum constrangimento e criar um problema: um advogado brasileiro, por exemplo, possivelmente mostraria alguma hesitação em entrar em contato com o coárbitro que indicou (ou com os dois coárbitros, num tribunal com a configuração usual entre nós de três julgadores) para tratar com ele (ou com eles) da nomeação do presidente. O contato poderia ser considerado inapropriado, segundo a cultura predominante entre nós, que se mostra pouco aberta à ideia de que as partes (ou seus representantes) devam participar da escolha do presidente (quanto tal escolha couber aos coárbitros). Melhor, portanto, que sejam claramente estabelecidas as regras a serem seguidas acerca da consulta aos coárbitros, regras essas que podem ser inseridas na convenção de arbitragem ou no regulamento aplicável, de modo a permitir a todos os litigantes igual grau de interferência na escolha do líder do painel.

Mas o tema não se esgota aí, pois as diretrizes mencionam ainda a possibilidade de que – havendo acordo – possa ser entrevistado o presidente prospectado, para aferir a parte (por meio de seu representante), a capacidade, experiência, habilidade, disponibilidade, interesse e existência de conflitos daquele que poderá ser guindado à posição de presidente do tribunal.

Note-se a diferença clara entre as duas diretrizes (art. 8 'b' e art. 8 'c'): na primeira, dá-se como descontado que o representante de parte pode contatar os coárbitros para interferir na escolha do presidente do painel; na segunda, somente se houver acordo poderá haver a entrevista do presidente prospectado.

A entrevista do presidente prospectado não é usual entre nós, brasileiros. A diretriz citada tem o mérito de alertar o representante de parte (brasileiro) para a possibilidade de ser convenciona a entrevista que, a meu ver, pode ser sempre útil, já que especialmente no âmbito internacional o espectro de árbitros disponíveis é tão grande que é sempre interessante poder

conhecer o presidente prospectado, aferindo o representante (ao vivo e em cores) a predisposição e capacidade para assumir a direção do tribunal: *quod abundat non nocet!*

VI – Alegações feitas pelos representantes de parte ao Tribunal Arbitral

Regra ética importante é enunciada pelo nono cânone das *Guidelines*: o representante de parte não pode fazer alegações que saiba serem falsas ao tribunal arbitral. Tal proibição estende-se também às provas, de modo que não podem ser usadas provas sabidamente falsas. Até aí, nenhuma novidade, já que o art. 14 do Código de Processo Civil, ao tratar dos deveres “das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma participam do processo”, determina que os fatos devem ser expostos em juízo conforme a verdade (inc. I), devendo todos os atores do processo agir com lealdade e boa-fé (inc. II).¹⁹

O que pode soar diferente, porém, é a atitude esperada dos procuradores das partes quando descobrirem que uma alegação (ou uma prova) é inexata ou falsa: espera-se que o representante avise a parte que representa da necessidade de corrigir a situação (e quais são as consequências da falta de tal correção), tomando as providências relacionadas no art. 11 das Diretrizes.

Embora as orientações constantes dos artigos 9 a 11 reflitam um espírito mais próximo do **processo adversarial** (de *common law*, portanto) do que do **processo inquisitorial** (de feição civilista), não creio que as recomendações em questão ensejem dificuldade para os operadores de maneira geral.

Quem dirige o processo é o representante, não a parte: é o técnico quem faz escolhas e traça estratégias, com maior ou menor envolvimento da parte; é sempre ele quem, afinal de contas, toma as decisões acerca das alegações e das provas de que pretende dispor. Assim, é claro que o

¹⁹ Há cerca de 40 anos, disse Pontes de Miranda, ao comentar o art. 14 do então novo Código de Processo Civil, que “[O]s procuradores, representantes, presentantes e advogados têm dever de veracidade, razão por que, se já conhecem o que o procurado ou cliente conhece, têm de manifestar o que o procurado ou cliente conhece, tal como vieram a conhecer, ou, se ainda não estão inteirados, se devem inteirar, ainda que precisem de prazo, o que se lhes há de dever” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1974, Tomo I, p. 366-367).

representante pode ser surpreendido com a falsidade de um documento que lhe foi entregue por seu constituinte, de uma declaração errônea decorrente de informação equivocada, de uma perícia fora de prumo consubstanciada em laudo mal elaborado. Mas o profissional responsável faz natural triagem dos fatos, dos argumentos fornecidos por seu representado, das provas de que pode dispor e dos laudos periciais que pretende utilizar. É sua, portanto, a escolha final do material a ser oferecido aos árbitros. Os três artigos referidos das *Guidelines* tendem, de um lado, a alertar o profissional de que é realmente sua a responsabilidade pela seleção do material (fático e probatório) apresentado aos julgadores; por outro lado, fazendo razoável e adequada concessão às naturais dificuldades de uma conferência completa e precisa, admite que possa haver submissão ao tribunal de material (fático ou probatório) viciado, predispondo neste caso os remédios para a respectiva sanção. A orientação, a meu ver, é um excelente código de conduta, na medida em que as Diretrizes, mostrando o equilíbrio da disciplina estabelecida nos três dispositivos, preveem limites para a correção de erros (por conta de deveres profissionais e de confidencialidade), sugerindo, em situações mais graves, que o representante de parte até mesmo renuncie ao mandato de seu constituinte.

VII – Troca de informações e revelações

No capítulo relativo à produção de provas, o operador oriundo dos países de tradição civilista sente-se bastante inseguro acerca das sugestões formuladas pela *soft law*: é clara a sensação de uma navegação em águas territoriais norte-americanas, o que pode causar certo enjoo aos passageiros.

O processo adversarial está estruturado de modo que os *players* apresentem desde logo as cartas com que pretendem jogar: ao propor sua demanda, o autor apresenta desde logo um conjunto consistente das provas de que se pretende valer (ainda que não exiba todas elas), o mesmo fazendo o réu, de modo que se favoreça *ab initio* – às partes e ao julgador – um amplo espectro dos fatos que deverão ser discutidos.

Os advogados – no processo judicial de feição anglo-saxônica – têm farta participação (e responsabilidade) na preparação da demanda e na seleção dos documentos de que vão precisar. Têm também consciência de que deverão – eventualmente – colocar à disposição do adversário uma série de

documentos que dizem respeito ao caso. Sabem os advogados, portanto, que seu cliente, por força de determinação judicial, pode estar sujeito à exibição de documentos determinados ou a uma exibição mais ampla e imprecisa de documentos (o temido *discovery*) ao longo do procedimento. Tal fórmula procedimental (aqui estereotipada apenas para apresentação da crítica ao capítulo que ora focalizo) está ancorada, repito, no intenso envolvimento das partes (e, mais que elas, dos seus advogados) na batalha judicial, apenas controlada pelo julgador. É o que caracteriza, *grosso modo*, o processo adversarial²⁰.

Diferentemente deste modelo, os países de *civil law* têm um procedimento mais controlado pelo julgador, que participa com maior intensidade na produção das provas. O advogado, portanto, tem menor interferência na seleção dos documentos que utilizará ao longo do processo e não se envolve na organização dos “arquivos” de seu cliente. Esta maior intervenção do julgador no desenvolvimento do processo em todas as suas fases (inclusive na fase instrutória) é a característica marcante do processo inquisitorial.

É intuitivo que no primeiro modelo – adversarial – o representante da parte, que tem contato direto com os documentos disponíveis para a causa (e os organiza!), tem o dever ético de informar a seu representado acerca da necessidade de preservação da documentação para eventual uso posterior. Faz sentido, dentro do modelo adversarial, afirmar que o representante deve assistir a parte na busca ou na seleção de documentos a serem produzidos no processo, ou ainda que deva advertir seu representado acerca da necessidade de exibir, no curso da arbitragem, algum documento que deveria ser apresentado e deixou de sê-lo.

No modelo inquisitorial, porém, o representante de parte não teria tais preocupações, já que não conhece (e não precisa conhecer) os arquivos e escaninhos de seu cliente, eis que receberá do representado o material em que

²⁰ É esta a visão de José Carlos Barbosa Moreira: “[O] confronto entre Civil Law e Common Law tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes (rectius: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *commom law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se ‘inquisitorial’, ao outro tipo ‘adversarial’.” (in “Temas de Direito Processual”, Nona Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 41)

haverá de basear suas alegações, não lhe cabendo fazer recomendações sobre guarda, organização ou preservação de documentos que provavelmente nem conhece (e não precisaria conhecer).

Deixando de lado as especificidades que tornam as recomendações deste capítulo um pouco estranhas a operadores de sistemas de *civil law*, a orientação prevista no art. 16 serve para todos: preconiza-se ali que o representante não destrua ou esconda (muito menos recomende que isso se faça) documentos que tenham sido requisitados pela parte contrária (ou cuja exibição tenha sido determinada).

VIII – Testemunhas e peritos

O contato entre o representante de parte e as testemunhas sempre foi matéria sensível, em torno da qual criou-se um tabu, gerando a forte impressão (nos sistemas inquisitoriais mais rígidos) de que não pode haver contato prévio entre um e outras. Exemplifico com o disposto no art. 104 do Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal, em que fica estampado que “[é] vedado a advogado estabelecer contactos com testemunhas ou demais intervenientes processuais com a finalidade de instruir, influenciar ou, por qualquer outro meio, alterar o depoimento das mesmas, prejudicando, desta forma, a descoberta da verdade”. Os três verbos utilizados pelo estatuto português deixa clara a correlação que se faz entre **instruir**, **influenciar** e **alterar**, parecendo que as três ações são direcionadas ao mesmo fim, ou seja, fazer com que o depoente falseie a verdade dos fatos.

Esta percepção de que o contato entre representante e testemunha objetive construir um depoimento falso (ou no mínimo tendencioso) também permeia a doutrina brasileira, que nunca viu com bons olhos a possibilidade de o advogado entrevistar o depoente. Na pesquisa que fiz, encontrei emblemática notícia²¹ acerca de fato ocorrido com advogado de um dos grandes escritórios de São Paulo, o qual teria orientado testemunhas antes de uma audiência trabalhista. O advogado, segundo a notícia, teria aconselhado as testemunhas a “falarem de modo claro sobre o cálculo de remuneração da empresa”, orientando-as a tomar cuidado com cada palavra que utilizassem, já que o

²¹ Consultor Jurídico, <http://www.conjur.com.br/2005-jun-29/advogado_punido_conduzir_testemunho>, acesso em 15 de outubro de 2013.

jugador não estaria habituado a causas como aquela em que seria produzida a prova. Tal orientação dada pelo advogado às testemunhas teria provocado questionamento ético perante a OAB, já que – nas palavras de um professor universitário entrevistado na reportagem a que me refiro – “(...) mesmo que o advogado oriente a testemunha a depor de modo inofensivo, sem induzi-la a mentir perante o juiz, ele comete infração ética e deve ser punido pela OAB”. E conclui o entrevistado: “[a] obrigação ética do advogado é de não manter qualquer conversação com as testemunhas (de ambas as partes) antes do depoimento das mesmas”.

Nos sistemas em que o processo toma feição adversarial, evidentemente tudo ocorre de forma diversa, já que cumpre à parte produzir e oferecer a prova ao julgador. A diversidade dos sistemas e o natural choque de culturas (já que os países latinos, de maneira geral, são muito restritivos em relação ao contato admissível entre testemunhas e representantes de parte) impunha alguma diretriz para orientar o comportamento dos operadores no trato das testemunhas. Daí as diretrizes oferecidas nos artigos 18 a 25, que procuram estabelecer os critérios aceitáveis para o contato entre representantes, testemunhas e perito.

O primeiro ponto que julgo importante levantar diz respeito à clara aceitação do fato de que o representante efetivamente prepara tanto o testemunho quanto o relatório dos peritos.

É preciso desmistificar o **fato** (o contato com as testemunhas e peritos) e o **verbo** (preparar): não é razoável imaginar que, mesmo nos sistemas de *civil law*, a indicação de testemunha seja feita a todo risco. E mais: não é adequado dizer – de modo um tanto hipócrita – que o advogado (ou quem quer que represente a parte) limite-se a ouvir o que a testemunha tem a dizer para depois formular suas perguntas. Hoje o advogado prudente e proativo não se limita a entrevistar a testemunha, mas procura – mercê de verdadeiro treinamento – fazer com que o depoente preste a informação da melhor forma possível.

Em síntese, desde que respeitado o cânone de que o representante de parte não pode encorajar ou estimular depoimentos falsos, não há nada de irregular em contatos que objetivem discutir com as testemunhas e peritos o teor de seus depoimentos. Note-se que o art. 24 das *Guidelines* usa os verbos

encontrar, interagir, discutir e preparar, deixando claro que o encontro não se limitará a ouvir o que a testemunha ou o perito terão a dizer. E a interação servirá não só para preparar – verdadeiro ensaio²² – o depoimento em audiência, mas também para a elaboração do depoimento escrito ou do laudo, conforme seja o caso, zelando o representante de parte para que a declaração (ou os esclarecimentos periciais) reflitam exatamente a opinião dos depoentes.

Espero que estas diretrizes – que confirmam e ampliam o que já constava das *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* – acabem de vez com pruridos injustificáveis que tornam malvisto o contato com as testemunhas²³. Tal concepção arcaica do que seja o devido processo legal não pode fazer com que partes oriundas de países de *civil law* padeçam, nas arbitragens internacionais, de notória desvantagem em relação aos litigantes provenientes dos países anglo-saxônicos. Agora creio que a paridade de armas está bem estabelecida e as regras do jogo estão mais claras e equilibradas.

Outro ponto que também resta esclarecido e harmonizado diz respeito aos pagamentos que podem ser feitos a depoentes. Embora o dispositivo (art. 25) não diga respeito propriamente ao representante da parte – mas sim à própria parte, já que é ela quem deve efetuar o custeio do processo arbitral, não seu representante – esclarecem as *Guidelines* que é razoável reembolsar as despesas e o tempo despendido pelas testemunhas, bem como os honorários profissionais da testemunha técnica.

Quanto aos pagamentos que podem ser feitos às testemunhas, o Código de Processo Civil (que não se aplica à arbitragem, mas serve de parâmetro para a análise do tema dos pagamentos admitidos à testemunha em nosso ordenamento) estabelece (art. 419) que a testemunha pode requerer ao

²² Convém salientar que não é pacífico, mesmo entre países de *common law*, a possibilidade de os representantes de parte “ensaiarem” os depoimentos das testemunhas que pretendem produzir. O *Bar Standards Board* britânico (Inglaterra e País de Gales) editou em 2005 um “Guidance on Witness Preparation” (revisto em 2008) no qual consta observação que deve ser levada em conta: “[t]he rules which define and regulate the barrister’s functions in relation to the preparation of evidence and contact with witnesses are set out in paragraphs 704-708 of the Code of Conduct. The fundamental prohibition regarding the preparation of witness evidence is expressed in paragraph 705(a) of the Code: a barrister must not rehearse, practise or coach a witness in relation to his/her evidence. However, the line between (a) the legitimate preparation of a witness and his/her evidence for a current or forthcoming trial or hearing and (b) impermissible rehearsing or coaching of a witness, may not always be understood.”

²³ Como resumem Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll (*Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, Netherlands, 2003, p. 573), “[d]ifferent legal systems impose various restrictions on the contact between the parties’ lawyers with the witnesses. In international arbitration practice there are no clear rules and lawyers do generally work with witnesses in advance of their giving evidence. *IBA Rules Article 4(3)* records this practice according to which parties’ counsel may contact witness in preparation of the hearing.”

juiz o reembolso das despesas que efetuou para o comparecimento à audiência, nada mais. A diretriz constante do art. 25 das *Guidelines* vai além, permitindo que sejam pagas à testemunha, independentemente de qualquer autorização do árbitro, não só as despesas que fez (reembolso), mas também uma compensação pelo tempo que despendeu. Esta compensação servirá para remunerar o tempo que o depoente dedicou para prestar o depoimento em audiência e também para a sua instrução (seja para elaborar declaração escrita, seja para discutir e preparar o depoimento oral).

Quanto ao perito, fica claro que a *expert witness* pode ser remunerada, sem que isso cause surpresa ou escândalo, muito menos desqualifique o depoente. Esse tema chegou a suscitar algum desconforto em sede arbitral, quando os operadores começaram a utilizar o depoimento de testemunhas técnicas (modalidade de prova que não está disciplinada de forma expressa em nosso ordenamento jurídico). Hoje, porém, já há certo consenso entre os arbitralistas no sentido de que, mesmo em arbitragens domésticas, tal modalidade de depoimento é plenamente aceitável e não há nada de estranho no fato de remunerar-se tal depoente que está, em verdade, prestando serviço profissional.

IX – Remédios para a má conduta do representante de parte

O último capítulo das *Guidelines* (dois artigos, 26 e 27) é dedicado aos remédios cabíveis para os desvios de conduta praticados pelo representante da parte na arbitragem internacional.

As Diretrizes deixam clara a necessidade de amplo contraditório antes de cogitarem os árbitros de aplicar qualquer penalidade. Recomenda, assim, o art. 26 que, antes de aplicar-se qualquer punição contra o representante (sempre com a observância dos parâmetros e ponderações enunciados no art. 27), devem os julgadores dar a ele a oportunidade de explicar sua conduta. Se, apesar dos esclarecimentos (ou da oportunidade de prestá-los) os árbitros perceberem efetivo desvio de conduta, terão quatro opções: admoestar o representante desidioso, levar em conta a conduta faltosa para tirar dela inferências negativas, tomar em conta o comportamento inadequado na atribuição dos custos do processo arbitral e, finalmente, tomar

qualquer outra medida que considerada apropriada para garantir a integridade e justiça do procedimento arbitral.

A mais leve das penalidades, sem dúvida, é a admoestação ao representante, oportunidade em que os árbitros reprovarão a conduta tida como desidiosa, especialmente com o fito de evitar que seja repetida, de modo a preservar o bom andamento dos trabalhos.

O comportamento do representante de parte pode ser levado em conta na análise da prova. As *Guidelines* sugerem a possibilidade de analisar o resultado probatório não apenas tomando em consideração o comportamento da parte (como é usual em muitos sistemas nacionais)²⁴, mas vai além, para que o comportamento do próprio representante possa servir de elemento de convicção para o julgador.

Preocupa-me a terceira opção dos árbitros, constante do art. 26 “c”:

considerar o desvio de conduta do representante de parte na alocação das custas da arbitragem. Parece-me que, nesse ponto, as *Guidelines* confundem sucumbência com indenização por dolo processual, verbas de natureza distinta. A atitude irregular do representante de parte durante o processo deve desembocar na aplicação à parte representada de verba indenizatória a favor do adversário, capaz de reparar o dano causado com incidentes infundados, sonegação de documentos, requerimento de diligências inúteis entre tantos outros comportamentos inaceitáveis. Isso nada tem a ver com a distribuição dos custos da arbitragem, matéria atinente à sucumbência, não ao comportamento (seja da parte, seja do seu representante).

A última opção, aberta, dá margem a inúmeras possibilidades: recomendam as diretrizes que os árbitros tomem as medidas apropriadas para preservar a justiça e integridade do procedimento. Para testar o limite dessa recomendação, pergunto-me se os árbitros poderiam, em hipóteses extremas de conduta indigna do representante da parte, determinar à parte que substitua o profissional. Em outros termos, volto aos **poderes inerentes** do tribunal arbitral: teriam os árbitros o poder de remover um representante buliçoso, que impeça o normal andamento do processo, comprometendo a higidez do

²⁴ Alguns sistemas são explícitos sobre o tema, como o italiano, cujo *Codice di Procedura Civile*, art. 116, permite que o juiz extraia elementos de convicção do comportamento das partes no processo.

procedimento com incidentes infundados e comportamento inadequado na defesa de seu representado? Respondo afirmativamente!²⁵

Creio que esta última hipótese do art. 26 seja recomendação extrema, que funciona como verdadeira regra de fechamento de um sistema de proteção ao processo arbitral. Certamente haverá caso em que a atuação do representante torna insuportável a continuidade do processo arbitral, deixando aos julgadores duas escolhas: ou renunciam, ou fazem substituir o profissional descontrolado. Em tal emergência, há de prevalecer o interesse na higidez do processo arbitral e da futura sentença que deverá ser proferida.²⁶

X – Para concluir

O desenvolvimento da arbitragem como método de solução preferencial para as controvérsias internacionais provoca a natural afluência de profissionais dos mais diversos matizes culturais. O cadinho formado pela interação desses profissionais pode pôr a pique a segurança jurídica que o processo arbitral tem que fornecer a todos os operadores. Mais que isso, a falta de parâmetros do representante da parte em relação aos limites de seus poderes processuais e a dúvida sobre o comportamento que dele se espera em relação aos árbitros, à parte que representa e às provas pode comprometer o princípio da igualdade, pilar mestre de todo e qualquer processo. Com efeito, se um representante de parte está certo de poder interferir na formação do tribunal arbitral, enquanto outro tem certeza de que não pode interferir, haverá natural quebra de isonomia e da paridade de armas, tudo a comprometer o conceito de devido processo legal.

As *Guidelines*, neste sentido, oferecem uma ferramenta que, por certo, dará maior qualidade e equilíbrio à arbitragem internacional.

²⁵ A questão está longe de ser pacífica: decisão proferida em novembro de 2011 em Nova Iorque (Northwestern National Insurance Company vs. Insko, Ltd.) dá conta do entendimento no sentido de que o tribunal arbitral não teria poderes para remover o representante legal da parte, tendo assentado o julgador que "(...) *the question of attorney disqualification is properly decided by the Court, and not by arbitrators, (...)*".

²⁶ Edna Sussman, em interessante artigo intitulado "Can Counsel Ethics Beat Guerilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration" (NYSBA, New York Dispute Resolution Lawyer, 2013, vol. 6, n.2, p. 47-50, esp. p. 49) afirma, com razão, que: "[T]he Guidelines do, however, empower the tribunal to address 'misconduct' by a party representative after giving the parties notice and a reasonable opportunity to be heard. Misconduct is broadly defined to include a 'breach of the present Guidelines, or any other conduct that the Arbitral Tribunal determines to be contrary to the duties of a Party Representative'. We will have to wait and see if the word 'misconduct' is read broadly enough to encompass a wide variety of guerilla tactics".

Como todo e qualquer regramento de caráter universalista, porém, não se pode pretender que as diretrizes oferecidas pela IBA à comunidade internacional empolguem a todos os operadores da arbitragem internacional (ou que os empolguem em igual medida). A tarefa apenas iniciada por 23 juristas está longe de seu término: haveria ainda muito que discutir, utilizando-se um espectro mais amplo de especialistas, o que certamente tornaria muitas das diretrizes que critiquei bem mais palatáveis. O tempo vai se encarregar de separar das diretrizes que merecem tal designação as orientações totalmente voltadas ao processo adversarial (que certamente serão repelidas pelos nacionais de outras culturas). Quando o joio estiver claramente separado do trigo, estaremos todos num momento excelente para uma revisão das *Guidelines*. Tomara que, nesse momento, a IBA nomeie uma nova *Task Force* capaz de representar adequadamente a diversidade dos operadores da arbitragem internacional, de modo que – em verdadeiro contraditório – sejam todos ouvidos!

IBA GUIDELINES ON
PARTY REPRESENTATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION ²⁷

DIRETRIZES DA IBA SOBRE
REPRESENTAÇÃO DE PARTE EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Application of Guidelines	Aplicação das Diretrizes
1. The Guidelines shall apply where and to the extent that the Parties have so agreed, or the Arbitral Tribunal, after consultation with the Parties, wishes to rely upon them after having determined that it has the authority to rule on matters of Party representation to ensure the integrity and fairness of the arbitral proceedings.	1. As Diretrizes devem ser aplicadas quando e na medida em que as partes assim tiverem acordado, ou quando o Tribunal Arbitral – após consultar as partes e determinar que possui autoridade para se pronunciar sobre questões de representação da parte – entender que deva nelas se basear para garantir a integridade e a equidade do procedimento arbitral.
2. In the event of any dispute regarding the meaning of the Guidelines, the Arbitral	2. Na hipótese de uma disputa a respeito do sentido das Diretrizes, o Tribunal Arbitral deve

²⁷ Trad. livre preparada por Mônica Mello, Berardino Di Vecchia Neto e Gustavo Ramos, revista por Carlos Alberto Carmona.

<p>Tribunal should interpret them in accordance with their overall purpose and in the manner most appropriate for the particular arbitration.</p>	<p>interpretá-las de acordo com o seu propósito global e da maneira mais apropriada para a arbitragem em questão.</p>
<p>3. The Guidelines are not intended to displace otherwise applicable mandatory laws, professional or disciplinary rules, or agreed arbitration rules, in matters of Party representation. The Guidelines are also not intended to derogate from the arbitration agreement or to undermine either a Party representative's primary duty of loyalty to the party whom he or she represents or a Party representative's paramount obligation to present such Party's case to the Arbitral Tribunal.</p>	<p>3. As Diretrizes não se destinam a substituir legislação de aplicação cogente, regras profissionais ou disciplinares, ou as regras arbitrais acordadas em matéria de representação de parte. As Diretrizes também não objetivam a derogar a convenção de arbitragem ou a atenuar o dever primário de lealdade do Representante da Parte em relação ao seu representado ou o dever precípua do Representante da Parte de apresentar o caso desta perante o Tribunal Arbitral.</p>
<p>Party Representation</p> <p>4. Party Representatives should identify themselves to the other Party or Parties and the Arbitral Tribunal at the earliest opportunity. A Party should promptly inform the Arbitral Tribunal and the other Party or Parties of any change in such representation.</p>	<p>Representação da Parte</p> <p>4. Os Representantes da Parte devem se identificar para a(s) outra(s) Parte(s) e para o Tribunal Arbitral na primeira oportunidade. A parte deverá informar prontamente o Tribunal Arbitral e a(s) outra(s) Parte(s) caso ocorra mudança de representação.</p>
<p>5. Once the Arbitral Tribunal has been constituted, a person should not accept representation of a Party in the arbitration when a relationship exists between the person and an Arbitrator that would create a conflict of interest, unless none of the Parties objects after proper disclosure.</p>	<p>5. A partir do momento em que o Tribunal Arbitral estiver constituído, uma pessoa não pode assumir a representação de uma parte na arbitragem se houver alguma relação entre tal pessoa e qualquer dos árbitros que possa criar um conflito de interesses, a não ser que, depois de realizada adequada revelação, nenhuma das partes apresente objeção a respeito.</p>
<p>6. The Arbitral Tribunal may, in case of breach of Guideline 5, take measures appropriate to safeguard the integrity of the proceedings, including the exclusion of the new Party Representative from participating in all or part of the arbitral proceedings.</p>	<p>6. O Tribunal Arbitral poderá, em caso de descumprimento da Diretriz 5, tomar as medidas apropriadas para resguardar a integridade do procedimento, incluindo a exclusão do novo Representante da Parte de participar total ou parcialmente do procedimento arbitral.</p>

Communications with Arbitrators	Comunicações com os Árbitros
<p>7. Unless agreed otherwise by the Parties, and subject to the exceptions below, a Party Representative should not engage in any Ex Parte Communications with an Arbitrator concerning the arbitration.</p>	<p>7. A não ser que as partes tenham convencionado de outro modo, e sujeito às exceções abaixo, o Representante da Parte não poderá apresentar comunicação <i>ex parte</i> com qualquer dos árbitros sobre a arbitragem.</p>
<p>8. It is not improper for a Party Representative to have Ex Parte Communications in the following circumstances: (a) A Party Representative may communicate with a prospective Party-Nominated Arbitrator to determine his or her expertise, experience, ability, availability, willingness and the existence of potential conflicts of interest. (b) A Party Representative may communicate with a prospective or appointed Party-Nominated Arbitrator for the purpose of the selection of the Presiding Arbitrator. (c) A Party Representative may, if the Parties are in agreement that such a communication is permissible communicate with a prospective Presiding Arbitrator to determine his or her expertise, experience, ability, availability, willingness and the existence of potential conflicts of interest. (d) While communications with a prospective Party - Nominated Arbitrator or Presiding Arbitrator may include a general description of the dispute, a Party Representative should not seek the views of the prospective Party-Nominated Arbitrator or Presiding Arbitrator on the substance of the dispute.</p>	<p>8. Não é inadequado que o Representante da Parte mantenha comunicação <i>ex parte</i> com o árbitro nas seguintes circunstâncias: (a) o Representante da Parte poderá comunicar-se com a pessoa que pretende indicar como árbitro para averiguar seu conhecimento técnico, experiência, habilidade, disponibilidade, interesse e a existência de potencial conflito de interesses; (b) o Representante da Parte poderá comunicar-se com um possível ou já indicado Árbitro para o propósito de escolha do Presidente do Tribunal Arbitral; (c) o Representante da Parte poderá, se as partes estiverem de acordo de que tal comunicação é permitida, comunicar-se com o possível árbitro presidente para averiguar seu conhecimento técnico, experiência, habilidade, disponibilidade, interesse e a existência de possível conflito de interesses; e (d) embora as comunicações com um possível árbitro a ser indicado pela parte ou com o árbitro presidente possam envolver a descrição geral do litígio, o Representante da Parte não pode perquirir o ponto de vista do possível árbitro nomeado pela parte ou do árbitro presidente sobre o objeto da disputa.</p>
Submissions to the Arbitral Tribunal	Alegações ao Tribunal Arbitral
<p>9. A Party Representative should not make any knowingly false submission of fact to the Arbitral Tribunal.</p>	<p>9. O Representante da Parte não deve apresentar conscientemente nenhuma alegação falsa sobre os fatos ao Tribunal Arbitral.</p>

<p>10. In the event that a Party Representative learns that he or she previously made a false submission of fact to the Arbitral Tribunal, the Party Representative should, subject to countervailing considerations of confidentiality and privilege, promptly correct such submission.</p>	<p>10. Na hipótese de o Representante da Parte vir a saber que apresentou anteriormente alguma alegação falsa sobre os fatos ao Tribunal Arbitral, deverá, sujeito a ponderações sobre confidencialidade e sigilo, prontamente corrigir a referida alegação.</p>
<p>11. A Party Representative should not submit Witness or Expert evidence that he or she knows to be false. If a Witness or Expert intends to present or presents evidence that a Party Representative knows or later discovers to be false, such Party Representative should promptly advise the Party whom he or she represents of the necessity of taking remedial measures and of the consequences of failing to do so. Depending upon the circumstances, and subject to countervailing considerations of confidentiality and privilege, the Party Representative should promptly take remedial measures, which may include one or more of the following: (a) advise the Witness or Expert to testify truthfully; (b) take reasonable steps to deter the Witness or Expert from submitting false evidence; (c) urge the Witness or Expert to correct or withdraw the false evidence; (d) correct or withdraw the false evidence; (e) withdraw as Party Representative if the circumstances so warrant.</p>	<p>11. O Representante da Parte não deverá apresentar prova testemunhal ou pericial que saiba ser falsa. Caso a testemunha ou o perito pretenda apresentar ou apresente prova que o Representante da Parte saiba ou venha a saber posteriormente ser falsa, este Representante da Parte deverá prontamente aconselhar a parte a quem representa sobre a necessidade de tomar medidas corretivas advertindo-a sobre as consequências em caso de omissão. Dependendo da circunstância, e sujeito a ponderações sobre confidencialidade e sigilo, o Representante da Parte deverá prontamente tomar as medidas corretivas, que podem incluir uma ou mais medidas a seguir: (a) aconselhar a testemunha ou o perito a falar a verdade em seu testemunho; (b) tomar medidas razoáveis para evitar que a testemunha ou o perito apresente prova falsa; (c) instar a testemunha ou o perito a corrigir ou retirar a prova falsa; (d) corrigir ou retirar a prova falsa; e (e) renunciar como Representante da Parte se as circunstâncias assim o justificarem.</p>
<p>Information Exchange and Disclosure</p> <p>12. When the arbitral proceedings involve or are likely to involve Document production, a Party Representative should inform the client of the need to preserve, so far as reasonably possible, Documents, including electronic</p>	<p>Troca de informações e exibição de documentos</p> <p>12. Quando o procedimento arbitral envolver, ou quando for provável que envolva, produção de prova documental, o Representante da Parte deverá informar seu cliente da necessidade de preservar, dentro</p>

Documents that would otherwise be deleted in accordance with a Document retention policy or in the ordinary course of business, which are potentially relevant to the arbitration.	do razoavelmente possível, documentos – incluindo documentos eletrônicos – que seriam de outra forma destruídos por conta de alguma política de conservação de documentos ou do curso normal dos negócios e que sejam potencialmente relevantes para a arbitragem.
13. A Party Representative should not make any Request to Produce, or any objection to a Request to Produce, for an improper purpose, such as to harass or cause unnecessary delay.	13. O Representante da Parte não deverá formular pedido de exibição de documentos, ou apresentar qualquer objeção a um pedido de exibição, com propósito indevido, tal como para tumultuar ou causar atrasos desnecessários.
14. A Party Representative should explain to the Party whom he or she represents the necessity of producing, and potential consequences of failing to produce, any Document that the Party or Parties have undertaken, or been ordered, to produce.	14. O Representante da Parte deverá explicar para a parte a quem representa a necessidade de exibir documento, bem como as potenciais consequências em caso de falta de exibição de qualquer documento que a parte ou as partes comprometeram-se, ou tenham sido obrigadas, a produzir.
15. A Party Representative should advise the Party whom he or she represents to take, and assist such Party in taking, reasonable steps to ensure that: (i) a reasonable search is made for Documents that a Party has undertaken, or been ordered, to produce; and (ii) all non-privileged, responsive Documents are produced.	15. O Representante da Parte deve aconselhar a parte a quem representa, e assistir essa parte, a praticar os atos razoáveis para garantir que: (i) será feita uma busca razoável por documentos que a parte tenha se comprometido, ou tenha sido obrigada, a exibir; e (ii) todos os documentos não sigilosos solicitados sejam exibidos.
16. A Party Representative should not suppress or conceal, or advise a Party to suppress or conceal, Documents that have been requested by another Party or that the Party whom he or she represents has undertaken, or been ordered, to produce.	16. O Representante da Parte não deverá suprimir, ocultar, ou aconselhar a parte a suprimir ou ocultar, documentos que tenham sido requisitados por outra parte, ou que a parte a quem este representa tenha se comprometido ou sido obrigada a exibir.
17. If, during the course of an arbitration, a Party Representative becomes aware of the existence of a Document that should have been produced, but was not produced, such Party Representative should advise the Party	17. Caso, durante o curso do procedimento arbitral, o Representante da Parte tiver conhecimento da existência de um documento que deveria ter sido exibido, mas não foi, este Representante da Parte deverá

whom he or she represents of the necessity of producing the Document and the consequences of failing to do so.	aconselhar a parte a quem representa sobre a necessidade de exibir o referido documento e as consequências da falta de exibição.
Witnesses and Experts	Testemunhas e peritos
18. Before seeking any information from a potential Witness or Expert, a Party Representative should identify himself or herself, as well as the Party he or she represents, and the reason for which the information is sought.	18. Antes de buscar qualquer informação de uma possível testemunha ou perito, o Representante da Parte deverá identificar-se, bem como identificar a parte a quem ele representa e a razão pela qual está sendo requisitada a informação.
20. A Party Representative may assist Witnesses in the preparation of Witness Statements and Experts in the preparation of Expert Reports.	20. O Representante da Parte poderá auxiliar a testemunha na preparação do seu depoimento escrito e, no caso dos peritos, na preparação de seus laudos técnicos.
21. A Party Representative should seek to ensure that a Witness Statement reflects the Witness's own account of relevant facts, events and circumstances.	21. O Representante da Parte deverá procurar assegurar que o depoimento escrito reflita o ponto de vista pessoal da testemunha sobre os fatos relevantes, eventos e circunstâncias.
22. A Party Representative should seek to ensure that an Expert Report reflects the Expert's own analysis and opinion.	22. O Representante da Parte deverá procurar assegurar que o laudo técnico reflita a análise e opinião pessoais do perito.
23. A Party Representative should not invite or encourage a Witness to give false evidence.	23. O Representante da Parte não deve solicitar ou encorajar a testemunha a dar falso testemunho.
24. A Party Representative may, consistent with the principle that the evidence given should reflect the Witness's own account of relevant facts, events or circumstances, or the Expert's own analysis or opinion, meet or interact with Witnesses and Experts in order to discuss and prepare their prospective testimony.	24. O Representante da Parte poderá – em harmonia com o princípio de que a prova produzida deve refletir o ponto de vista da testemunha sobre fatos, eventos ou circunstâncias relevantes, ou a análise e opinião pessoais do perito – encontrar ou interagir com a testemunha e o perito com o fim de discutir e preparar o depoimento a ser apresentado.
25. A Party Representative may pay, offer to pay, or acquiesce in the payment of: (a) expenses reasonably incurred by a Witness or Expert in preparing to testify or testifying at a	25. O Representante da Parte poderá pagar, oferecer-se para pagar, ou concordar com o pagamento de: (a) despesas razoáveis incorridas pela testemunha ou pelo perito no

<p>hearing; (b) reasonable compensation for the loss of time incurred by a Witness in testifying and preparing to testify; and (c) reasonable fees for the professional services of a Party-appointed Expert</p>	<p>preparo do testemunho ou para testemunhar em audiência; (b) remuneração razoável pelo tempo despendido pela testemunha ao testemunhar e ao preparar seu testemunho; e (c) honorários razoáveis pelos serviços profissionais do perito indicado pela Parte.</p>
<p>Remedies for Misconduct</p> <p>26. If the Arbitral Tribunal, after giving the Parties notice and a reasonable opportunity to be heard, finds that a Party Representative has committed Misconduct, the Arbitral Tribunal, as appropriate, may: (a) admonish the Party Representative; (b) draw appropriate inferences in assessing the evidence relied upon, or the legal arguments advanced by, the Party Representative; (c) consider the Party Representative's Misconduct in apportioning the costs of the arbitration, indicating, if appropriate, how and in what amount the Party Representative's Misconduct leads the Tribunal to a different apportionment of costs; (d) take any other appropriate measure in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings.</p>	<p>Remédios para conduta imprópria</p> <p>26. Caso o Tribunal Arbitral – depois de informar as partes e dar razoável oportunidade para que sejam ouvidas – entenda que o Representante da Parte praticou alguma conduta imprópria, o Tribunal Arbitral, conforme entender apropriado, poderá: (a) advertir o Representante da Parte; (b) extrair as inferências apropriadas na avaliação das provas produzidas ou dos argumentos jurídicos submetidos pelo Representante da Parte; (c) levar em consideração a conduta imprópria do Representante da Parte quando da alocação dos custos da arbitragem, indicando, se for o caso, como e em que grau a conduta imprópria do Representante da Parte conduziu o Tribunal Arbitral a realizar uma divisão diferente dos custos; (d) tomar qualquer outra medida apropriada visando preservar a equidade e a integridade do procedimento.</p>

<p>27. In addressing issues of Misconduct, the Arbitral Tribunal should take into account: (a) the need to preserve the integrity and fairness of the arbitral proceedings and the enforceability of the award; (b) the potential impact of a ruling regarding Misconduct on the rights of the Parties; (c) the nature and gravity of the Misconduct, including the extent to which the misconduct affects the conduct of the proceedings; (d) the good faith of the Party Representative; (e) relevant considerations of privilege and confidentiality; and (f) the extent to which the Party represented by the Party Representative knew of, condoned, directed, or participated in, the Misconduct.</p>	<p>27. Ao abordar temas de conduta imprópria, o Tribunal Arbitral deverá levar em consideração: (a) a necessidade de preservar a integridade e equidade do procedimento arbitral, bem como o a exequibilidade da sentença arbitral; (b) o potencial impacto de uma decisão referente à conduta imprópria sobre o direito das Partes; (c) a natureza e gravidade da conduta imprópria, incluindo em que medida essa conduta imprópria afeta a condução do procedimento; (d) a boa-fé do Representante da Parte; (e) questões relevantes sobre sigilo e confidencialidade; e (f) em que medida a Parte representada pelo Representante sabia sobre, tolerou, direcionou, ou participou da conduta imprópria.</p>
---	--