

Resumo

Nestes tempos de pandemia da COVID-19, o sistema arbitral de resolução de conflitos não poderia deixar de ser afetado, tanto imediatamente, quanto de forma mediata. Um dos primeiros reflexos é o aumento de audiências de arbitragem não presenciais, conhecidas como audiências virtuais, o que gera uma série de questões jurídicas, que serão analisadas neste trabalho.

Artigo

OS DESAFIOS DA AUDIÊNCIAS DE ARBITRAGEM VIRTUAIS EM TEMPOS DE COVID-19

Joaquim de Paiva Muniz

Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ. Conselheiro Suplente da OAB/RJ. Master of Law pela University of Chicago. Sócio de Trench, Rossi e Watanabe Advogados. *Fellow* do *Chartered Institute of Arbitrators*. Autor de livros como "Curso Prático de Arbitragem" e "Arbitration Law of Brazil - Practice and Procedure".

Resumo: Nestes tempos de pandemia da COVID-19, o sistema arbitral de resolução de conflitos não poderia deixar de ser afetado, tanto imediatamente, quanto de forma mediata. Um dos primeiros reflexos é o aumento de audiências de arbitragem não presenciais, conhecidas como audiências virtuais, o que gera uma série de questões jurídicas, que serão analisadas neste trabalho.

Palavras-chaves: Processo Civil. Arbitragem. Audiência. Processo eletrônico.

1. Arbitragens em tempo de COVID-19

Nestes tempos de pandemia da COVID-19, o sistema arbitral de resolução de conflitos não poderia deixar de ser afetado, tanto imediatamente, quanto de forma mediata. Em relação às modificações mediatas, a médio e longo prazos, a expectativa é de aumento de litígios, diante de conflitos surgidos pela ausência de recursos humanos ou financeiros, bem como por supostos eventos de força maior/imprevisão por alteração de bases contratuais.

No que tange as consequências imediatas, neste momento de crise, as maiores entidades arbitrais situadas no Brasil fecharam seus escritórios e estão trabalhando com protocolos eletrônicos, conforme detalhado em tabela anexa a este artigo. Nesse sentido, identifica-se claramente o movimento de substituição de audiências presenciais (impossíveis em tempos de isolamento horizontal) por audiências virtuais.

A tendência à popularização da audiência por videoconferência está refletida em diversos documentos, como a "*ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed At Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*"^[1], o "*CPR Annotated Model Procedural Order for Remote Video Arbitration*

Proceeding"[2], as "Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Conflitos" (da CI Arb) e o "*AAA-ICDR Panelist Resource Guide for Virtual Arbitration Hearings*"[3].

Diante dessa nova realidade, cabe analisar os procedimentos que poderão ser adotados tanto na preparação e início (2), quanto na condução da própria audiência (3), de modo a se mitigar os problemas que podem surgir da realização desse ato em meio virtual (4).

2. Preparação e início da Audiência.

O primeiro desafio para a audiência virtual está na escolha da plataforma adequada. Alguns elementos são altamente recomendáveis, como:

(a) boa qualidade de vídeo e áudio, sem a qual pode-se comprometer a qualidade da comunicação;

(b) controle de todas as pessoas que entrarem no ambiente virtual, considerando o caráter privado da arbitragem, o que pode ser alcançado pelo uso de senhas e outros mecanismos de segurança;

(c) possibilidade de um moderador, como o presidente do tribunal arbitral, o secretário do procedimento ou um funcionário da instituição arbitral, controlar o sistema, com poderes, por exemplo, de passar a palavra ou silenciar participantes. Os árbitros terão dificuldade de administrar o procedimento de audiência, se alguém de sua confiança não estiver coordenando a plataforma; e

(d) a possibilidade de exposição de apresentações e documentos no ambiente virtual, para, por exemplo, os advogados poderem manejar apresentação na sustentação oral ou fazer perguntas a representantes legais e testemunhas. Nesse aspecto, o sistema deverá permitir que o controle dos documentos não fique apenas com o moderador e possa ser delegado a quem estiver fazendo a apresentação.

Aconselha-se que todas essas questões sejam discutidas entre o tribunal arbitral e as partes, antes da audiência. Todavia, por mais que haja planejamento e cautela, plataformas digitais podem apresentar erros inesperados.

Nesse contexto, é especialmente relevante estar disponível, durante toda a audiência, algum funcionário de tecnologia de informação, para resolver eventuais problemas tecnológicos que vierem a surgir. O primeiro desafio da audiência virtual é superar as questões técnicas; isto é: se o sistema der problema, resolvê-lo rapidamente.

Ainda assim, é possível que a princípio, vivencie-se algumas experiências negativas. Trata-se de um risco, contudo, que tende a se reduzir ao longo do tempo, pois quanto mais as audiências forem sendo realizadas em ambientes

virtuais, mais aperfeiçoadas ficarão as plataformas para esse fim e mais familiarizados estarão os usuários.

Quanto aos custos, estes também devem ser discutidos antes da audiência. As plataformas virtuais geram custos, que, em geral, serão divididos entre as partes. A médio prazo, a tendência será que as próprias instituições arbitrais adquirirão as plataformas e contratarão pessoal qualificado para assistir. Em qualquer cenário, no final das contas, a audiência virtual tende a ser mais barata do que a física, pois se economiza, por exemplo, com despesas de viagens. Ainda, as audiências virtuais vão de encontro a uma certa "ostentação" existente na arbitragem, com *catering* farto, salas de audiência luxuosas etc., que não condizem com os tempos mais austeros após a COVID-19.

Outro desafio reside no equipamento a ser utilizado. Em geral, o ideal seria obrigar o uso de fone de ouvido, ou mesmo recorrer a computador ou laptop com duas telas: uma para a visualizar os participantes e outra para mostrar documentos ou apresentações, além de evitar o uso de celular. Em arbitragens de maior valor, os árbitros poderão compelir as partes a que seus advogados, representantes legais, bem como os assistentes técnicos, testemunhas e intérpretes por elas indicadas acessem o ambiente virtual com esses equipamentos, arcando com eventuais custos, como aluguel. A instituição arbitral também poderá disponibilizar sua sala de audiências, com todo o equipamento necessário, para quem não tiver os próprios meios.

Esse, porém, é o mundo ideal. No mundo real, veremos situações como testemunhas entrando por celular com conexão barulhenta. Para mitigar esse risco, as partes deverão ser instadas a, antes da audiência, realizar com certa antecedência testes na plataforma a ser utilizada para que seus patronos, representantes legais, assistentes técnicos e testemunhas, com ela se familiarizem. Ainda, devem as partes verificar eventuais problemas de conexão e/ou equipamento, tentando corrigi-los. Se mesmo assim acontecer algum óbice na audiência, o tribunal arbitral poderá analisar se a parte foi negligente e determinar penalidades, desde que essas penalidades sejam previamente acordadas. Embora não seja a solução ideal, no ambiente virtual ainda é difícil assegurar a qualidade da comunicação. Se essa for uma grande questão, os árbitros deverão considerar se não seria melhor a realização da audiência presencial.

Apesar de a arbitragem ser procedimento informal, há de se manter certa liturgia. Estudos psicológicos demonstram que a aparência mais séria influencia no sentido de um comportamento mais sério dos envolvidos. Por esse motivo, uma saída seria que a instituição arbitral e/ou os árbitros regulassem a vestimenta dos participantes (por exemplo, proibir shorts e camisetas, ou camisas com dizeres cômicos) e/ou vedarem certos fundos da imagem, para que não se tornem um fator de distração.

A realização da audiência em meio virtual cria o risco de o depoente estar acompanhado de alguém influenciando suas respostas, ou de estar lendo notas, documentos ou mensagens. Uma possível medida paliativa seria proibir

que, durante a audiência, qualquer depoente, seja testemunha, representante legal, informante ou *expert*, esteja acompanhado no ambiente físico, ou se comunique fora do ambiente virtual da audiência, ou acesse e-mail, internet, redes sociais ou aplicativos. Eis um dos maiores riscos da audiência virtual: que o depoente seja de alguma forma direcionado, sem que o tribunal arbitral consiga se aperceber. Difícil é averiguar se essa determinação será realmente seguida.

Esse risco pode ser mitigado, se o tribunal arbitral puder determinar o posicionamento da câmara das testemunhas, e o altere de tempos em tempos para captar pistas de irregularidades. Existem sistemas que permitem até visão 360 graus da sala do participante. Do ponto de vista psicológico, também ajudaria fazer com que, no início e ao final, a testemunha confirme o cumprimento dessas regras durante seu depoimento, alertando-a dos efeitos do perjúrio. Por fim, os árbitros podem deixar que os advogados da parte contrária sejam mais incisivos na inquirição cruzada (*cross-examination*) de depoente no ambiente virtual, de sorte a tornar mais complexa eventual "cola".

Por fim, mas não menos relevante, cumpre analisar como o ambiente virtual influencia o cronograma da audiência. A primeira diferença é a maior dificuldade de se manter os participantes atentos e produtivos na frente de uma tela por longa jornada. Se, em minha opinião, já existia um exagero em se permitir que audiências presenciais durassem até tarde, a situação piora no ambiente virtual. Pode-se aproveitar a oportunidade para tornar as audiências mais eficientes, viabilizando que sejam mais curtas e que se adote maior rigidez no horário.

Uma boa prática é fixar horários estimados para cada ato da audiência, como sustentação oral, depoimento de representante legal, depoimento de testemunhas, depoimento de *experts* etc., para lograr a almejada eficiência. No mundo real, quase nunca os horários correm pontualmente, até porque o depoimento pode ser mais curto do que o esperado. Nesse caso, a testemunha seguinte deve estar à disposição para entrar antes do estimado. Recomenda-se, porém, que os árbitros não sejam lenientes com depoimentos longos, para não atrasar. Pode-se cogitar, por exemplo, o sistema de *chess clock*, em que as partes possuem tempos iguais, mas que não podem ser ultrapassados.

Mostra-se frequente na arbitragem que as testemunhas apresentem depoimentos por meio de declaração escrita, e que a inquirição em audiência se restrinja à inquirição cruzada (*cross examination*) pelo advogado da parte contrária a que a indicou. Esse procedimento economiza tempo de audiência e tende a ser mais amplamente adotado, em audiências virtuais.

Além do controle da duração dos atos da audiência, o tribunal arbitral deve considerar a disponibilidade e o fuso horário das testemunhas, quando marcar o cronograma da audiência. As diferenças de fuso horário podem ser um problema para as arbitragens internacionais.

3. Durante a audiência

Há inúmeras possíveis configurações de audiências virtuais, desde a situação em que todos estão em uma sala de audiência, salvo uma ou outra testemunha, até eventual situação em que cada participante está em local distinto.

Em vista do princípio processual do tratamento igualitário, pode ser questionado se um ou mais árbitros estiverem juntos com o patrono ou representante legal de uma parte, sem que esteja presente patrono ou representante legal das demais partes[4]. Também não é aconselhável a comunicação entre árbitro e advogado ou representante legal da parte durante a audiência, sem a ciência das outras partes.

A audiência representa um ato privado[5]. Porém, como se bem sabe, o risco de vazamento de dados é maior no ambiente virtual do que no físico. Mas certas medidas podem tornar o ambiente virtual mais seguro. Em primeiro lugar, deve-se pedir identificação prévia de todos os participantes, que poderão receber senhas individuais.

Além disso, o tribunal arbitral poderá pedir que todos os participantes mantenham a câmera ligada e se identifiquem, antes do início de cada sessão de uma audiência virtual.

De mais a mais, o tribunal arbitral deverá excluir alguém cuja presença naquele ato seja inadequada ou que possa gerar risco para eventual confidencialidade, se for o caso. Por exemplo, usualmente não se permite a uma testemunha ouvir o depoimento das demais testemunhas. Como outra ilustração, o tribunal arbitral pode proibir a presença de um terceiro, que não tenha firmado um termo de confidencialidade.

De qualquer forma, verdade é que não se pode assegurar que algum participante não esteja realizando qualquer gravação própria de vídeo ou áudio da audiência virtual, ou mesmo tirando foto. Entendo que deva haver só uma gravação oficial, feita pela instituição ou pelo tribunal arbitral, e que deva ser proibida qualquer outra. Eventuais gravações ou fotos não oficiais ficariam, de qualquer forma, sujeitas aos mesmos deveres de sigilo e confidencialidade aplicáveis ao procedimento arbitral. Os árbitros não devem ser benevolentes com a quebra desses deveres. Infelizmente, na prática poucas vezes se descobre a revelação indevida de informação e muito menos vezes se pune essa má conduta.

Necessário, para esses fins, que alguém ligado ao tribunal arbitral tenha controle do ambiente virtual, para aferir a presença de participantes, poder silenciá-los ou excluí-los, se for o caso, e dar seguimento o procedimento virtual. Não precisaria ser o presidente do tribunal arbitral, podendo ser o secretário, se houver, ou um funcionário experiente da instituição arbitral. Importante é que essa pessoa saiba tanto manejar a plataforma, quanto viabilizar a administração pelo presidente do procedimento.

Nessa esteira, cabe lembrar que o presidente desempenha o papel de maestro de uma orquestra complexa, sendo a plataforma um novo instrumento, que

deve ser muito bem tocado para a música não desafinar. Controlar o ambiente virtual vai além de uma função meramente burocrática, pois o *timing* faz a diferença entre uma audiência escorreita e uma anárquica. Se o presidente normalmente já desempenha um papel delicado de condução em qualquer audiência, nas virtuais ele deve prestar especial atenção em manter a ordem, em vista da confusão natural decorrente de os participantes estarem em locais distintos.

Deve-se pensar em algum protocolo para quando o advogado da parte quiser tomar a palavra por questão de ordem, tal como interromper algum testemunho para fazer protesto contra pergunta capciosa. Trata-se de questão delicada, pois, justamente para manter o controle da situação, a tendência será de os árbitros delegarem menos a palavra aos patronos das partes. Uma solução poderia ser solicitar a palavra pelo *chat* da plataforma, assim, evitando a interrupção de quem está falando.

Todavia, em determinado momento, o controle do sistema deverá ser delegado aos advogados, seja para a sustentação oral, seja para inquirição de testemunha. Deve haver a possibilidade de *hot seat*, ou seja, alguém do time das partes mostrar apresentações e documentos.

Talvez a parte mais delicada da audiência virtual ocorra quando se combina inquirição de representantes legais ou testemunhas com a apresentação de documentos, e ainda por cima haja necessidade de tradução. Nesses casos, para o sucesso, a plataforma e a conexão deverão funcionar muito bem, e o intérprete deverá ter entendido o vocabulário da matéria *sub judice*. Mostra-se essencial, assim, que se faça testes prévios com a testemunhas, acompanhados da presença do intérprete e mostrando documentos. Voltando à metáfora da orquestra, sem ensaio o concerto está fadado ao fracasso.

Isso remete à questão ética, se o advogado da parte pode ter contato com a testemunha e mostrar documentos da arbitragem antes da audiência. Sejam realistas, isso já acontece na prática. O que o advogado não pode fazer é incentivar a testemunha a mentir, pois aí estará colaborando para o crime de perjúrio.

Além disso, independentemente de quanto o advogado da parte "treinar" uma testemunha, o advogado da contraparte poderá desmascará-la, em *cross examination* na audiência.

Por fim, como analisado acima, muitos fatores podem afetar negativamente a audiência virtual, tais como problemas técnicos, inadequação de equipamento ou comportamento inadequado de algum participante. Em certas situações, o melhor que se pode fazer é suspender a sessão. O tribunal arbitral deve ter pulso para tomar essa medida, quando necessária.

Encerrada a audiência, outra boa prática está em se lavrar ata, que, no caso de ambiente virtual, pode ser feito verbalmente. Aconselha-se, ainda, que o tribunal arbitral providencie tanto gravação quanto transcrição oficial dos trabalhos, para que as alegações e provas fiquem devidamente registradas.

O grande espectro aterrorizando as audiências virtuais consiste no risco de a parte eventualmente perdedora pedir anulação da sentença, alegando que, de alguma forma, o procedimento remoto violou o seu direito à ampla defesa ou ao contraditório. Pode-se pensar algumas medidas para mitigar essa ameaça. Em primeiro lugar, as instituições arbitrais podem inserir em suas regras e o tribunal arbitral pode fazer constar do termo de arbitragem a possibilidade da audiência virtual. Além disso, os árbitros podem fazer uma conferência telefônica com as partes para definir as regras da audiência, registrando a concordância dos envolvidos.

Mas, no frigidus dos ovos, há sempre a possibilidade de a parte perdedora usar o fato de a audiência ter sido virtual para alegar infração ao contraditório e à ampla defesa. Realisticamente, isso é inevitável. Contudo, não deveria trazer tanta preocupação. Há de se atentar para o princípio processual do *pas de nullité sans grief* - inexistência nulidade sem dano -, acolhido no Código de Processo Civil, entre outros, pelas regras da instrumentalidade das formas e da preclusão de a parte não suscitar o vício na primeira oportunidade.^[6] Independentemente de a audiência ter sido presencial ou virtual, a parte que pleitear anulação da sentença terá o *onus probandi* de que o seu direito à ampla defesa e ao contraditório sofreu, de fato, grave violação. O tribunal arbitral não deve se guiar por esse tipo de ameaça.

4. Conclusão

Por mais que possa haver resistência, é inexorável que parte significativa das audiências arbitrais passe a ser realizada na forma virtual, não apenas pelos efeitos da pandemia do COVID-19, mas também pela tendência de aumento de arbitragens a curto prazo, no contexto de um significativo *backlog* de procedimentos arbitrais existentes cujo andamento foi afetado.

Nesse cenário, cabe analisar os maiores riscos das audiências virtuais, para tentar minimizá-los na medida do possível. As questões vão desde eventuais problemas técnicos, passando pela necessidade de uso pelos depoentes de conexão equipamentos corretos, pela maior dificuldade na administração dos atos pelos árbitros, por perigo de quebra de sigilo e culminam na possibilidade de depoimentos sejam comprometidos por acesso da testemunha a dados externos, o que pode ser de difícil detecção.

Mas a realidade sempre se impõe. A crise do COVID-19 mudará profundamente a sociedade, inclusive o modo em que resolvemos conflitos. Não adianta aqui lamentar que a experiência da audiência virtual não seja tão boa quanto a presencial, ou que a parte perdedora usará isso como desculpa para tentar anular decisão desfavorável. Por questões de disponibilidade dos árbitros, advogados e depoentes, a ambiente virtual se popularizará. Devemos então aperfeiçoar esse instrumento, sempre com olho em evitar ofensa à ampla defesa e ao contraditório, e buscar certa qualidade de prova.

INSTITUIÇÃO RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA SUSPENSÃO DE PROTOCOLO FÍSICO, COM MA

ICC - ✓

CCBC Resolução Administrativa 40/2020 ✓

Os protocolos físicos de petições e documentos que deveriam ser encaminhados ao Conselho Superior de Contas do TCU durante o Período de Suspensão da Resolução 1/2020 (entre 17/03/2020 e 30/03/2020) e não foram feitos até o dia 30/03/2020, por correio expresso com AR, os prazos suspensos pela Resolução 1/2020 retornarão a fluir pelo protocolo exclusivamente eletrônico. A partir do dia 30/03/2020, o protocolo será realizado apenas eletronicamente.

FIESP Resolução 01/2020 e 02/2020

CBMA Resolução 1/2020 ✓

FGV Resolução 1/2020 ✓

CAMARB Resolução Administrativa N° 08/20 ✓

AMCHAM Resolução 1/2020 ✓

CÂMARA B3 Resolução CAM N° 01/2020 ✓

CBMAE Resolução 1/2020 ✓

Comunicação Oficial válida até

CAMFIEP 06/04/2020 ✓

ARBITAC Resolução 2/2020

✓

CNRD Sim ✓

Notas de Rodapé:

[1] Available in <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>. Accessed on April 24, 2020.

[2] Available in <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/model-procedure-order-remote-video-arbitration-proceedings>. Accessed on April 24, 2020.

[3] Available in <https://go.adr.org/covid-19-virtual-hearings.html>. Accessed on April 24, 2020.

[4] Art. 23, parágrafo segundo, da Lei 9.307/1996.

[5] Existe a ideia disseminada na cultura jurídica brasileira de que a arbitragem deve ser necessariamente confidencial, em oposição ao processo judicial, em regra público. O sistema jurídico brasileiro não contém nenhuma previsão legal expressa impondo confidencialidade às partes. Não obstante, certas regras institucionais de arbitragem impõem, expressamente, o dever de confidencialidade às partes. A confidencialidade também pode estar expressa na convenção arbitral. De qualquer forma, o procedimento arbitral é ato privado, ou seja, geralmente não há direito de terceiros de terem acesso a seu teor, salvo na hipótese de arbitragens com a administração pública.

[6] Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Palavras Chaves

Processo Civil. Arbitragem. Audiência. Processo eletrônico.