

## CONTRA-INTERROGATÓRIO – MANUAL BÁSICO DE SOBREVIVÊNCIA PARA OS ADVOGADOS DE CIVIL LAW

*“Prova testemunhal/pericial e arbitragem: o que fazer e o que não fazer; armadilhas. O drama do advogado de litigância português: a necessidade de esquecer a antiga musa.”\**

FRANCISCO CORTEZ\*\*

**Sumário: I. Qual o papel do advogado na “preparação” das testemunhas: na elaboração do depoimento escrito e na preparação para uma cross-examination?;** a. Identificação e alcance do problema; b. Análise de Direito Comparado; c. A evolução das regras da International Bar Association (IBA) e o contributo do London Court of International Arbitration (LCIA); d. E em Portugal?; **II. Qual o papel do advogado na cross-examination de testemunhas e peritos indicados pela outra parte? Algumas questões.;** a. Originalidades da arbitragem na produção de prova testemunhal e pericial; b. Preparação da cross-examination de testemunhas e peritos; c. As dificuldades da Cross-examination dos peritos; d. Limites da Cross-examination com ou sem depoimento escrito; e. Cross-examination de testemunhas hostis?; f. Crime de falsidade de testemunho?; g. Limites do advogado na cross-examination: Tudo é permitido? Quando deve o tribunal interferir?; **III. Conclusões.**

\* O presente artigo foi elaborado com base nas notas escritas para a intervenção no IX Congresso de Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, que teve lugar em Lisboa, a 2 e 3 de Julho de 2015, num debate moderado pelo Dr. Nuno Pena (CMS – Rui Pena & Arnaut), com as ilustres intervenções do Dr. Jorge Mattamouros (King & Spalding, Houston) e o Dr. Todd Wetmore (Three Crowns, Paris), sobre o tema provocatório que serve de título ao presente artigo, proposto pela organização do Congresso. Agradeço a ajuda paciente e sábia dos meus colegas de escritório António Sampaio Caramelo, Filipe Vaz Pinto, Sofia Vaz Sampaio, Rita Nunes dos Santos, Ricardo Nascimento Ferreira, Joana Galvão Teles e Joana Neto Mestre, que foram comigo debatendo os temas, sem que nada do que consta deste artigo os responsabilize de alguma forma.

\*\* Advogado. Sócio da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.*

*“Preparing a witness to testify is one of the most demanding labors in which lawyers engage. The lawyer who takes the trouble to do it well serves the best interests of the witness, the client and the administration of the justice”* (Robert S. Rifkind, *“Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration”*, 2010, p. 146).

*“Os advogados anglo-saxónicos estão habituados a estes métodos de trabalho e não seria coerente não os fazer nossos”* (Resolução da *Ordre de Avocats de Paris*, de 26.02.2008, que autoriza os advogados franceses a preparar testemunhas nas arbitragens internacionais).

## I. QUAL O PAPEL DO ADVOGADO NA “PREPARAÇÃO” DAS TESTEMUNHAS: NA ELABORAÇÃO DO DEPOIMENTO ESCRITO E NA PREPARAÇÃO PARA UMA CROSS-EXAMINATION?

### a. Identificação e alcance do problema

§ 1. A questão principal é conhecida, muito pertinente e atual: numa arbitragem internacional, com partes e advogados de diferentes nacionalidades e culturas, estando os advogados sujeitos a diferentes regras deontológicas e tendo diferentes tradições forenses, nomeadamente sobre a intervenção dos advogados na preparação das testemunhas, como pode ser assegurado o respeito pelo processo justo, a igualdade de tratamento das partes e até, no limite, princípios de ordem pública que eventualmente proibam a preparação e, sobretudo, o treino (“*coaching*”) das testemunhas?

Com efeito, em causa pode estar a própria validade da decisão arbitral: uma desigualdade relevante entre as partes na produção de prova não permite um processo arbitral justo e, por conseguinte, uma decisão arbitral válida<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ALEXIS MOURRE, *“L’administration de la preuve orale dans l’arbitrage international: État actuel de la pratique et perspectives d’évolution”*, in *“Les Arbitres Internationaux”*, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Volume 8, p. 153: *“Qu’une partie n’ait pas disposé de toutes les opportunités auxquelles elle s’estimait fondée à recourir pour établir telle ou telle de ses demandes, et elle considèrera volontiers que le procès dans son ensemble n’a pas été équitable, privant la sentence de toute légitimité à ses yeux. Que cette même partie ait été surprise par une procédure étrangère à ses traditions et provenant du système de droit dont l’autre partie est originaire, et elle reprochera facilement à l’arbitre d’avoir manqué à son devoir de traiter les parties sur un pied d’égalité. C’est dire l’importance du rôle de*

A questão tem sido largamente tratada pela doutrina internacional<sup>2</sup> e nacional<sup>3</sup> e a solução tem evoluído no sentido da criação de um consenso em torno da ideia de que os contactos entre o advogado e a testemunha são genericamente permitidos, mas sujeitos à limitação da proibição da manipulação da prova e da falsidade do depoimento.

Com maior ousadia e controvérsia, os códigos deontológicos dos advogados de alguns países de *civil law* deram um passo em frente, introduzindo normas especiais mais permissivas para os advogados que participam em diligências internacionais, com vista à melhor defesa do interesse do cliente e à promoção da igualdade das partes.

## b. Análise de Direito Comparado

§ 2. Nos Estados Unidos e em algumas outras jurisdições de *common-law* (como é o caso do Canadá), os advogados preparam e treinam as testemunhas. Mais do que uma prática, é um dever do advogado. Seria considerada falta de diligência inaceitável que o advogado não preparasse devidamente uma testemunha para um julgamento<sup>4</sup>.

*l'arbitre, qui doit trouver dans l'organisation de la procédure un point d'équilibre entre traditions, attentes, et exigences différentes*".

<sup>2</sup> ROBERT S. RIFKIND, "Preparing the witness for cross-examination" in "Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration", 2010; HANS VAN HOUTTE, "Counsel-witness relations and professional misconduct in civil law systems", Dossiers ICC "Arbitration and oral evidence", 2005, pp. 109-110; ALEXIS MOURRE, "L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international: État actuel de la pratique et perspectives d'évolution", in "Les Arbitres Internationaux", Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Volume 8, pp. 153-164.

<sup>3</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, "Produção de Prova", Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com); Também MANUEL PEREIRA BARROCAS, in "A prova no Processo Arbitral", disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com), p. 24: "Em Portugal são conhecidas as limitações legais e ético-profissionais nesta matéria. Na maioria do países analisados (incluindo França, Alemanha, Holanda, EUA e Inglaterra), o advogado, em matéria cível ou comercial (mas não em direito criminal), pode conferenciar com as testemunhas indicadas pelo seu constituinte para lhe dar a conhecer o objecto do litígio, os factos pertinentes, etc., mas não pode influenciar o seu conhecimento dos factos ou induzir o seu depoimento".

<sup>4</sup> ROBERT RIFKIND, in "Arbitration and Oral Evidence", "Practices of the horseshed" da "ICC – The world business organization", Janeiro de 2005, pp 55 e seguintes, refere que "In the world in which I have practiced law the failure of counsel adequately to prepare the witness both for direct and for cross-examination would be regarded as serious dereliction of professional duty".

Concretamente, um advogado americano pode treinar (“*coaching*”)<sup>5</sup> a testemunha, incluindo sugerir a resposta que a testemunha pode usar na inquirição com vista a obter o melhor resultado para o seu cliente e treinar a resposta até esta ser dada na perfeição. Com alguns limites, naturalmente. Nessa atividade, o advogado americano está sujeito às regras da *American Bar Association*, que determinam que o advogado não pode (i) oferecer prova que sabe ser falsa (Rule 3.3), (ii) falsificar prova, aconselhar, assistir uma testemunha para testemunhar falsamente, ou (iii) oferecer incentivos à testemunha que não sejam permitidos por lei (Rule 3.4)<sup>6</sup>.

Na Europa, estas práticas de preparação e de treino das testemunhas são tradicionalmente proibidas, condenadas no plano ético e até no plano criminal. Uma proibição com diferentes graus, evoluções e exceções, quer na prática forense doméstica, nos tribunais judiciais, quer na prática da arbitragem, inclusive internacional<sup>7</sup>.

Mas a linha que separa os vários tipos de resposta à questão nem sempre coincide com a fronteira entre os territórios de *civil law* e de *common-law*.

§ 3. Em Inglaterra, no reino da *common-law*, os advogados estão impedidos pelas suas regras éticas e deontológicas de “treinar” (“*training or coaching*”) as testemunhas, apenas podendo dar “*general advice on how to*

<sup>5</sup> Nas palavras de IAN MEREDITH e HUASSAIN KHAN, in “*Witness preparation in international arbitration – A cross cultural Minefield*”, Mealey’s International Arbitration Report, Setembro de 2011, p. 1 “*Intensive interaction between counsel and the witness and include a detailed exploration of the specific facts of the dispute so as to rehearse with the witness the answers to the questions that the witness may reasonably be expected to be asked by opposing counsel and/or the tribunal*”.

<sup>6</sup> IAN MEREDITH e HUASSAIN KHAN, op. cit., “*offer evidence that the lawyer knows to be false*” (Rule 3.3), “*falsify evidence, counsel or assist a witness to testify falsely, or offer an inducement to a witness that is prohibited by law*” (Rule 3.4).

<sup>7</sup> Sobre a evolução recente e também sobre o estado atual dos regimes legais e deontológicos relativos à questão da relação entre advogados e testemunhas: IAN MEREDITH e HUASSAIN KHAN, in “*Witness preparation in international arbitration – A cross cultural Minefield*”, Mealey’s International Arbitration Report, Setembro de 2011; WILLIAM W. PARK, “*A fair fight: Professional Guidelines in International Arbitration*”, in “*Arbitration International – The Journal of the London Court of International Arbitration*”, Volume 30, Number 3, 2014; “*General Report*” de 21.05.2014, “*Ethics and Role of Counsel in International Arbitration*”, Prague, 2014 (AIJA – International Association of Young Lawyers).

*answer questions, to test the witness' recollection, and to discuss the issues that may arise in cross-examination*"<sup>8</sup>.

Quer os códigos de conduta dos advogados ingleses (*barristers* e *solicitors*), quer a jurisprudência dos tribunais ingleses, são claros na proibição do treino das testemunhas, aceite e praticada noutras jurisdições de *common-law*<sup>9</sup>. Estas regras de conduta são aplicáveis à atuação dos advogados ingleses nos tribunais e na arbitragem, sendo que, no caso de arbitragem internacional no estrangeiro, ficam também sujeitos às regras de conduta da jurisdição em que a arbitragem tenha lugar.

Para a interpretação destas regras de conduta são especialmente relevantes as "*Guidance on Witness Preparation*", aprovadas em 2008 pelo *Professional Standards Committee* (PSC) do Bar Council, para assistir os advogados na resolução das difíceis questões relativas ao "*witness coaching*" à luz da recente decisão do *Court of Appeal* no caso "*Regina – v Momodou and Limani [2005] EWCA Crim 177*"<sup>10</sup>, que concluiu que "*There is no place for witness training in our country. It is unlawful*".

<sup>8</sup> BENSON AND CHARLIE LIGHTFOOT, "*Wanted: An Ethical Compass*", *Global Arbitration Review*, vol. 1, issue 3, Junho de 2006.

<sup>9</sup> "*Ultraframe (UK) Ltd vs Fielding & Others*" e "*R. vs Momodou and Limani*", ambos de 2005: "*The risk that training or coaching may adversely affect the accuracy of the evidence of the individual witness is constant*".

<sup>10</sup> 1. *This guidance applies simply to the issues surrounding witness preparation and should be read in conjunction with the relevant provisions of the Code of Conduct (notably paragraph 705) and the Written Standards for the Conduct of Professional Work (notably Section 6 on Witnesses). The guidance is not intended to affect the barrister's ability to discuss the merits of the case with his lay client.*

2. *Barristers play a significant role in the preparation and presentation of witness evidence. They have a duty to ensure that the evidence in support of their client's case is presented to best effect. It is also the responsibility of a barrister to ensure that those facing unfamiliar court procedures are put at ease as much as possible, especially when the witness is nervous, vulnerable or apparently the victim of criminal or similar conduct: see the Bar Council's Written Standards for the Conduct of Professional Work (para. 6.1.4). Barristers are being asked to prepare witnesses or potential witnesses for the experience of giving oral evidence in criminal and civil proceedings. The purpose of this guidance is to clarify what is and what is not permissible by way of witness preparation, in whatever form it is conducted.*

3. *The 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.*

(...)

**Civil Cases**

10. *Civil proceedings differ from criminal proceedings in the form of witness evidence and the process of its preparation. The Civil Procedure Rules provide that witness evidence is to be adduced by way of witness statements and expert reports exchanged before trial, which are to stand as the evidence-in-chief of the witness in question unless the court orders otherwise: CPR Part 32.4(2) and 32.5.*

11. *The principles set out in Momodou apply in criminal proceedings. However, there is currently no authority on these matters in relation to civil proceedings. Until such authority emerges, it would be prudent to proceed on the basis that the general principles set out in Momodou also apply to civil proceedings. Thus while witness coaching is prohibited, a process of witness familiarisation is permissible in order to prevent witnesses from being disadvantaged by ignorance of the process or taken by surprise at the way it which it works.*

**Witness Familiarisation**

12. *The following guidance should be observed in relation to any witness familiarisation process for the purpose of civil proceedings:*

(1) *Any witness familiarisation process should normally be supervised or conducted by a solicitor or barrister.*

(2) *In any discussions with witnesses regarding the process of giving evidence, great care must be taken not to do or say anything which could be interpreted as suggesting what the witness should say, or how he or she should express himself or herself in the witness box – that would be coaching.*

(3) *If a witness familiarisation course is conducted by an outside agency:*

(a) *It should, if possible, be an organisation accredited for the purpose by the Bar Council and Law Society;*

(b) *Records should be maintained of all those present and the identity of those responsible for the programme, whenever it takes place.*

(c) *The programme should be retained, together with all the written material (or appropriate copies) used during the sessions.*

(d) *None of the material used should bear any similarity whatever to the issues in the current or forthcoming civil proceedings in which the participants are or are likely to be witnesses.*

(e) *If discussion of the civil proceedings in question begins, it should be stopped.*

(4) *Barristers should only approve or take part in a mock examination-in-chief, cross-examination or re-examination of witnesses who are to give oral evidence in the proceedings in question if, and only if:*

(a) *its purpose is simply to give a witness greater familiarity with and confidence in the process of giving oral evidence; and*

(b) *there is no risk that it might enable a witness to add a specious quality to his or her evidence; and*

(c) *the barrister who is asked to approve or participate in a mock examination-in-chief, cross-examination or re-examination has taken all necessary steps to satisfy himself or herself that the exercise is not based on facts which are the same as or similar to those of any current or impending trial, hearing or proceedings at which a participant is or is likely to be a witness; and*

(d) *In conducting any such mock exercises, the barrister does not rehearse, practise or coach a witness in relation to his/her evidence: see para.705(a) of the Code. Where there is any reason to suspect that a mock examination-in-chief, cross-examination or re-examination would or might involve a breach of the Code, a barrister should not approve or take part in it.*

§ 4. Na generalidade dos países da Europa continental (com excepção da Holanda<sup>11</sup>), como a Alemanha<sup>12</sup>, França, Bélgica<sup>13</sup>, Itália, Suíça, Espanha, a regra geral é a da proibição de treino (“*coaching*”) da testemunha pelo advogado, variando o grau de flexibilidade quanto à possibilidade de contacto entre o advogado e a testemunha, quer na fase inicial, de elaboração dos articulados – em que as futuras testemunhas são, por regra, uma fonte essencial de informação sobre os factos para o advogado –, quer na fase de produção de prova, em que para o advogado pode (ou não e, se sim, em que medida) ser essencial esse contacto na preparação da participação da testemunha no processo, tanto na elaboração do depoimento escrito, como na inquirição em julgamento.

Alguma coisa mudou, porém, nas últimas duas décadas e mais rapidamente nos últimos anos, no que respeita especificamente à arbitragem internacional, por força da necessidade imperiosa de respeitar a igualdade das partes, através da igualdade de armas entre os respetivos advogados: “*Cross-border arbitration may appear rigged against advocates that respect procedures not observed by the other side*”<sup>14</sup>.

Na Suíça, o *Code Suisse de Déontologie*, de 10.06.2005, no seu artigo 7º, depois de estabelecer como regra geral que o advogado se deve abster de influenciar as testemunhas e os peritos, ressalva, no seu número dois, as regras particulares dos processos arbitrais e dos processos que decorram nos tribunais supranacionais<sup>15</sup>.

Em França, o Conselho da Ordem de Advogados de Paris, através de uma importante resolução de 26.02.2008, tomada por unanimidade,

<sup>11</sup> HANS VAN HOUTTE, op. cit., p. 109.

<sup>12</sup> Na Alemanha não existe uma regra deontológica expressa que permita ou proíba o contacto e a preparação da testemunha pelo advogado. O Código Penal alemão prevê e pune o falso testemunho, com e sem juramento prévio (artigos 153º e 154º), que não são considerados como aplicáveis ao testemunho na arbitragem. Aparentemente, só o crime de fraude no depoimento (artigo 263º do Código Penal) é considerado como aplicável à arbitragem.

<sup>13</sup> Artigo 7.16 do “*Code de Déontologie de l’Avocat*”: “*L’avocat s’abstient de tout contact avec un tiers appelé ou susceptible d’être appelé à témoigner dans une cause dont il est chargé*”.

<sup>14</sup> WILLIAM W. PARK, “*A fair fight: Professional Guidelines in International Arbitration*”, in “*Arbitration International – The Journal of the London Court of International Arbitration*”, Volume 30, Number 3, 2014, p. 410.

<sup>15</sup> “Article 7 – Contact avec les témoins

1. *L’avocat s’abstient d’influencer les témoins et experts.*

2. *Demeurent réservées les règles particulières des procédures d’arbitrage et des procédures devant les Tribunaux supranationaux.*”



veio admitir aos advogados franceses a prática de preparação das testemunhas nos processos arbitrais internacionais, situados em França ou no estrangeiro. Essa preparação visa “*explicar às testemunhas o funcionamento da jurisdição e ajudá-las a exprimir o mais utilmente possível a sua verdade na audiência e as suas respostas às questões colocadas*”. De acordo com a referida resolução, “*a preparação da testemunha pelo advogado antes da sua audição não viola os princípios essenciais da profissão do advogado e inscreve-se numa prática comumente admitida em que o advogado deve poder exercer plenamente o seu papel de defensor*”<sup>16</sup>.

Na Bélgica, em 2013, com a alteração (em vigor desde 01.10.2013) do artigo 7.18 do *Code de Deontologie de l’Avocat*, foi introduzida uma importante exceção à proibição de contacto entre o advogado e a testemunha, nos casos de procedimentos de resolução de conflitos com fundamento contratual, como a mediação e a arbitragem, ou procedimentos estran-

<sup>16</sup> In “*Le Bulletin du Barreau de Paris*”, 04.03.2008, nº 9, pp. 45 e 46: “*Or, s’il n’est pas question de permettre à une partie de suborner un témoin ou de l’influencer, il doit être possible aux avocats de recevoir les sachants en mesure d’éclairer les arbitres, pour leur expliquer le fonctionnement de la juridiction et les aider à exprimer le plus utilement possible leur vérité à l’audience et leurs réponses aux questions posées. Les avocats anglo-saxons sont rompus à ces méthodes de travail et il serait inconséquent de ne pas les faire nôtres.*

*C’est pourquoi, à l’issue du rapport, le conseil de l’Ordre, à l’unanimité, a adopté la résolution suivante: «Dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou, à l’étranger, il entre dans la mission de l’avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s’adaptant aux règles de procédure applicables.*

*Dans cet esprit, la préparation du témoin par l’avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d’avocat et s’inscrit dans une pratique communément admise où l’avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur».*

(Pela sua importância, registre-se a tradução : «*Ora, se não está em causa permitir a uma parte subornar uma testemunha ou influenciá-la, deve ser permitido aos advogados receberem as pessoas que são conhecedoras de matéria que pode esclarecer os árbitros, para lhes explicar o funcionamento da jurisdição e ajudá-las a exprimir da forma mais útil possível a sua verdade na audiência e as suas respostas às questões colocadas.*

*Os advogados anglo-saxónicos estão habituados a estes métodos de trabalho e não seria coerente não os fazer nossos.*

*Foi por essa razão que, no final do relatório, o conselho da Ordem, por unanimidade, adotou a resolução seguinte: “No quadro de procedimentos arbitrais internacionais, situados em França ou no estrangeiro, está compreendido na missão do advogado avaliar a pertinência e a seriedade dos testemunhos produzidos em suporte das pretensões do seu cliente, adaptando-se às regras de procedimento aplicável.*

*Neste espírito, a preparação da testemunha pelo advogado antes da sua audição não viola os princípios essenciais da profissão do advogado e inscreve-se numa prática comumente admitida em que o advogado deve poder exercer plenamente o seu papel de defensor”).*



geiros ou internacionais sujeitos a outras regras processuais, casos em que “o advogado pode ter contacto com uma testemunha com o fim de a assistir na preparação de um depoimento escrito ou de uma audição”, devendo, no entanto, respeitar os princípios fundamentais da profissão, de respeito pela verdade e, concretamente, abster-se de comportamentos suscetíveis – ou que pareçam ser suscetíveis – de influenciar a testemunha<sup>17 18 19</sup>.

Esta abertura verificada em França e na Bélgica é muito significativa e tem sido vista como uma forma de promover a arbitragem internacional nesses países, como notou o Relatório da “*International Association of Young Lawyers*”, de Maio de 2014: “*It should be noted that, France and Belgium, where witness preparation is forbidden in judicial proceedings, found it a crucial issue to authorize such preparation in international proceedings, in order to develop the attractiveness of their arbitration forum*”<sup>20</sup>.

Em Itália, finalmente, o artigo 3º do *Codice Deontologico Forense*, aprovado em 31.01.2014, veio introduzir novas regras para as situações em que um advogado italiano atue em jurisdições com regras deontológicas diferentes das italianas – norma que os autores entendem aplicável à arbitragem internacional – prevendo a prevalência das regras deontoló-

<sup>17</sup> Article 7.18 (Règl. 27.05.2013 – M.B 19.06.2013 — E.E.V. 01.10.2013)

«*Dans le cadre des modes de règlement des conflits qui ont un fondement contractuel, tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation (autre que judiciaire) ou la tierce décision obligatoire ou dans certaines procédures étrangères ou internationales soumises à d'autres règles procédurales, il peut entrer dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s'adaptant aux règles de procédure convenues entre les parties ou applicables à ces procédures.*

*Dans ce cas, l'avocat peut avoir des contacts préparatoires avec un témoin pressenti afin de l'assister, s'il y a lieu, dans la préparation d'une attestation écrite ou d'une audition.*

*Lors de tels contacts préparatoires, l'avocat respecte les principes essentiels de sa profession ainsi que la perception que le témoin a de la vérité.*

*Il s'abstient, ici aussi, de tout comportement ou de toute appréciation susceptible d'influencer le témoignage ou pouvant paraître l'avoir influencé.»*

<sup>18</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in “*Produção de Prova*”, de Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com), refere o facto de as “*Regras Profissionais dos Advogados Flamengos de Bruxelas*” preverem uma exceção (Secção 16) para a proibição de contacto entre os advogados e as testemunhas que “*não se aplica aos processos estrangeiros ou transnacionais ou às arbitragens no âmbito dos quais esses contactos forem autorizados pelas normas processuais aplicáveis*” (Nota 63).

<sup>19</sup> HANS VAN HOUTTE, *op. cit.* p. 109, sobre o Código Deontológico dos Advogados de Bruxelas.

<sup>20</sup> “*Ethics and Role of Counsel in International Arbitration*”, Relatório da “*International Association of Young Lawyers*”, 31 de Maio de 2014, p. 18.

gicas do país estrangeiro, caso sejam diferentes das regras italianas, “*desde que não conflituem com o interesse público no exercício adequado da sua atividade profissional*”<sup>21</sup>.

§ 5. É possível detetar, pela evolução verificada nestes sistemas jurídicos, um movimento de abertura dos códigos deontológicos nacionais à consagração de uma regra *específica* para a prática da arbitragem internacional, permitindo assim aos advogados a preparação de testemunhas nos processos arbitrais, sobretudo as que decorrem no plano transnacional, com uma amplitude superior à permitida em processos de outra natureza, designadamente os que decorrem no plano interno e, por conseguinte, reduzindo os riscos de a atuação do advogado poder ser censurada no plano deontológico.

Por essa razão, este movimento possibilita ou facilita a harmonização das regras deontológicas suscetíveis de influenciar o decurso de um processo arbitral em que convivem advogados provenientes de diferentes sistemas jurídicos, assegurando o respeito pelo princípio basilar da igualdade de armas entre as partes e salvaguardando assim a validade da decisão arbitral.

### **c. A evolução das regras da *International Bar Association (IBA)* e o contributo do *London Court of International Arbitration (LCIA)***

§ 6. A consagração expressa pela IBA da permissão de contacto entre o advogado e a testemunha e, sobretudo – de forma mais clara a partir de

<sup>21</sup> *Articolo 3 –Attività all'estero e attività in Italia dello straniero*

1. *Nell'esercizio di attività professionale all'estero l'avvocato italiano deve rispettare le norme deontologiche interne, nonché quelle del Paese in cui viene svolta l'attività.*

2. *In caso di contrasto fra le due normative prevale quella del Paese ospitante, purché non confliggente con l'interesse pubblico al corretto esercizio dell'attività professionale.*

3. *L'avvocato straniero, nell'esercizio dell'attività professionale in Italia, è tenuto al rispetto delle norme deontologiche italiane.*

*(Artigo 3 – Atividade no estrangeiro por parte de advogado italiano e atividade em Itália por parte de advogado estrangeiro*

1. *No exercício da sua atividade profissional no estrangeiro, o advogado italiano deve respeitar as normas deontológicas internas, bem como as normas do país onde desenvolve a sua atividade profissional.*

2. *Em caso de conflito entre as duas leis/disposições prevalecerá a lei/disposição do país de acolhimento, desde que não conflituem com o interesse público no exercício adequado da sua atividade profissional.*

3. *No exercício da sua atividade profissional em Itália, o advogado estrangeiro é obrigado a respeitar as normas deontológicas italianas).*

2010 –, de que esse contacto pode ter como finalidade discutir o futuro depoimento da testemunha, contribuiu seguramente para o movimento de abertura dos referidos códigos deontológicos. Um movimento a que José Miguel Júdice já chamava, em 2008, de “*interdependência entre o desenvolvimento da prática da arbitragem internacional e as regras da IBA*”<sup>22</sup>.

Concretizando, o artigo 4.3 das “*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*” (Regras IBA em matéria de produção de prova na Arbitragem Comercial Internacional), na atual versão de 29.05.2010 dispõe que:

“*It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witness or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them*” (“*Não será considerado impróprio que a Parte, os seus administradores, funcionários, assessores legais ou outros representantes, entreviste as suas testemunhas ou potenciais testemunhas e discuta com elas o seu futuro depoimento*”).

Esta regra da IBA é perentória, mas intencionalmente aberta. O advogado pode discutir com a testemunha o seu futuro depoimento. Fica claro que o contacto é permitido e, mais ainda, que é permitida a discussão sobre o depoimento. Mas em que termos, qual a natureza e profundidade dessa discussão? Apenas sobre a forma do depoimento ou também sobre o seu conteúdo? Poder “*discutir o depoimento*” significa que o advogado pode preparar a testemunha para o depoimento ou também que pode treinar o depoimento da testemunha?

Algumas respostas foram dadas, em 25.05.2013, quando foram publicadas as “*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*”, que recomendam o seguinte sobre a relação entre advogados, por um lado e as testemunhas e os peritos, por outro<sup>23</sup>:

<sup>22</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “*Produção de Prova*”, Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com), p. 20; As primeiras regras da IBA sobre o tema são de 1983 (“*IBA Supplementary Rules Governing The Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration*”); Em 1999 foram publicadas as Regras da IBA sobre a Produção de Prova em Arbitragem Comercial, que foram substituídas pelas publicadas em 29.05.2010. Sobre as principais alterações introduzidas por esta última versão, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, “*As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional*”, in *Revista Internacional de Arbitragem*, Ano III, 2010, pp. 105 e seguintes.

<sup>23</sup> Tradução não oficial de EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES e DANIEL AUN para a IBA, disponível em [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org).

“20. O Representante da Parte<sup>24</sup> pode auxiliar as Testemunhas na elaboração das Declarações de Testemunhas e os Peritos na elaboração de seus Laudos Periciais.

21. O Representante da Parte deve procurar garantir que a Declaração da Testemunha reflita a perspectiva da própria Testemunha acerca dos fatos pertinentes, eventos e circunstâncias.

22. O Representante da Parte deve procurar garantir que o Laudo Pericial elaborado traduza a análise e opinião do próprio Perito.

23. O Representante da Parte não deve propor que a Testemunha preste ou incentive-a a prestar falso depoimento.

24. O Representante da Parte pode se encontrar ou interagir com Testemunhas e Peritos a fim de discutir e preparar seus futuros depoimentos, levando-se em consideração o princípio de que a Prova produzida deve refletir a perspectiva da Testemunha acerca dos fatos pertinentes, eventos ou circunstâncias, ou a análise e opinião do Perito.

25. O Representante da Parte pode efetuar o pagamento, oferecer-se para pagar, ou concordar com o pagamento de:

(a) despesas razoavelmente incorridas por uma Testemunha ou Perito na preparação para depor ou no depoimento em uma audiência;

(b) compensação razoável pelo tempo despendido pela Testemunha para depor e para se preparar para tanto; e

c) honorários razoáveis decorrentes dos serviços profissionais prestados pelo Perito nomeado pela Parte”.

Estas Diretrizes de 2013, publicadas pela IBA, foram acompanhadas de um importante comentário (*Comments to Guidelines 18–25*):

“Muitos profissionais atuantes em arbitragens internacionais almejam maior transparência e previsibilidade das regras de conduta referentes às relações com Testemunhas e Peritos, a fim de promover o princípio da igualdade de tratamento entre as Partes. Práticas díspares entre diferentes jurisdições podem gerar desigualdade e ameaçar a integridade do procedimento arbitral.

<sup>24</sup> Segundo as mesmas “*Guidelines on Party Representation in International Arbitration*”, «‘Party Representative’ or ‘Representative’ means any person, including a Party’s employee, who appears in an arbitration on behalf of a Party and makes submissions, arguments or representations to the Arbitral Tribunal on behalf of such Party, other than in the capacity as a Witness or Expert, and whether or not legally qualified or admitted to a Domestic Bar» (“Representante da Parte” ou “Representante” é definido como qualquer pessoa, incluindo um empregado de uma Parte, que participa de um procedimento arbitral em nome de uma Parte e apresenta manifestações, argumentos ou declarações ao Tribunal Arbitral em nome de referida Parte, em função diversa à de uma Testemunha ou Perito, sendo ou não qualificado ou admitido legalmente por uma Associação Local de Advogados”).

*As Diretrizes se destinam a refletir melhores práticas da arbitragem internacional no que diz respeito à preparação de Testemunhas e Peritos.*

*No momento em que o Representante da Parte entra em contacto com uma possível Testemunha, deve divulgar sua identidade e o motivo do contacto antes mesmo de tentar obter qualquer informação (Diretriz 18). O Representante da Parte deve, ainda, informar a possível Testemunha sobre seu direito de informar ou instruir o seu próprio advogado sobre o contacto e de envolvê-lo em qualquer futura comunicação (Diretriz 19).*

*Regras domésticas de conduta profissional podem, em algumas jurisdições, exigir padrões mais rigorosos no que diz respeito a contactos com possíveis Testemunhas que são sabidamente representadas por um advogado. Por exemplo, algumas jurisdições de common law proibem que advogados contactem qualquer potencial Testemunha que saibam ser representada na arbitragem em questão.*

*O Representante da Parte que julgue estar sujeito a um padrão de conduta mais rigoroso do que aquele determinado nestas Diretrizes pode abordar tal situação com a outra Parte e/ou o Tribunal Arbitral.*

*Conforme previsto na Diretriz 20, o Representante da Parte poderá auxiliar na elaboração da Declaração de Testemunhas e Laudos Periciais, mas deverá assegurar que a Declaração de Testemunha reflita a versão da própria testemunha acerca dos fatos pertinentes, eventos e circunstâncias (Diretriz 21), e que qualquer Laudo Pericial reflita os entendimentos, análises e conclusões do próprio Perito (Diretriz 22).*

*O Representante da Parte não deverá propor ou incentivar a Testemunha a prestar falso depoimento. (Diretriz 23).*

*Como parte da fase de preparação dos depoimentos para a arbitragem, o Representante da Parte poderá reunir-se com as Testemunhas e os Peritos (ou possíveis Testemunhas e Peritos) a fim de discutir futuros depoimentos. O Representante da Parte poderá, ainda, auxiliar a Testemunha ou Perito na preparação de sua Declaração de Testemunha ou de seu Laudo Pericial, respectivamente. Além disso, o Representante da Parte poderá auxiliar a Testemunha na preparação de seu depoimento nos casos de inquirição direta, pelo seu próprio representante, ou cruzada, pelo representante da parte contrária, inclusive por meio de perguntas e respostas preparatórias (Diretriz 24). Essa preparação poderá incluir uma revisão dos procedimentos nos quais a testemunha será demandada e a preparação de testemunhos para inquirição direta ou cruzada. Tais contactos não devem, contudo, alterar a autenticidade da Prova testemunhal ou pericial, a qual deverá sempre refletir a perspectiva das Testemunhas acerca dos fatos pertinentes, eventos ou circunstâncias, ou a análise e opinião do próprio Perito”<sup>25</sup>*

<sup>25</sup> Versão original em inglês:

“Many international arbitration practitioners desire more transparent and predictable standards of conduct with respect to relations with Witnesses and Experts in order to promote the principle of equal

(tradução não oficial de Eduardo Damião Gonçalves e Daniel Aun para a IBA, disponível em [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)).

Em suma, de acordo com as Diretrizes atuais da IBA, o advogado pode reunir com a testemunha ou perito e preparar o seu depoimento “*inclusive por meio de perguntas e respostas*” preparatórias, mas esses contactos não devem “*alterar a autenticidade da prova testemunhal ou pericial*”.

§ 7. Por último, desde 01.01.1998 que está em vigor o Regulamento do LCIA (London Court of International Arbitration) – LCIA Arbitration Rules – cuja versão de 01.10.2014, no seu Artigo 20.5 estabelece uma solução considerada de compromisso:

*“Subject to the mandatory provisions of any applicable law, rules of law and any order of the Arbitral Tribunal otherwise, it shall not be improper for any party or its legal*

*treatment among Parties. Disparate practises among jurisdictions may create inequality and threaten the integrity of the arbitral proceedings.*

*The Guidelines are intended to reflect best international arbitration practice with respect to the preparation of Witness and Expert testimony.*

*Domestic professional conduct norms in some jurisdictions require higher standards with respect to contacts with potential Witnesses who are known to be represented by counsel. For example, some common law jurisdictions maintain a prohibition against contact by counsel with any potential Witness whom counsel knows to be represented in respect of the particular arbitration.*

*If a Party Representative determines that he or she is subject to a higher standard than the standard prescribed in these Guidelines, he or she may address the situation with the other Party and/or the Arbitral Tribunal.*

*As provided by Guideline 20, a Party Representative may assist in the preparation of Witness Statements and Expert Reports, but should seek to ensure that a Witness Statement reflects the Witness’s own account of relevant facts, events and circumstances (Guideline 21), and that any Expert Report reflects the Expert’s own views, analysis and conclusions (Guideline 22).*

*A Party Representative should not invite or encourage a Witness to give false evidence (Guideline 23).*

*As part of the preparation of testimony for the arbitration, a Party Representative may meet with Witnesses and Experts (or potential Witnesses and Experts) to discuss their prospective testimony. A Party Representative may also help a Witness in preparing his or her own Witness Statement or Expert Report.*

*Further, a Party Representative may assist a Witness in preparing for their testimony in direct and cross-examination, including through practice questions and answers (Guideline 24). This preparation may include a review of the procedures through which testimony will be elicited and preparation of both direct testimony and cross-examination. Such contacts should however not alter the genuineness of the Witness or Expert evidence, which should always reflect the Witness’s own account of relevant facts, events or circumstances, or the Expert’s own analysis or opinion”.*

*representatives to interview any potential witness for the purpose of presenting his or her testimony in written form to the Arbitral Tribunal or producing such person as an oral witness at any hearing”.*

Em suma, o advogado pode entrevistar a testemunha com o objetivo de preparar o seu depoimento escrito ou presencial. Obviamente, se não for impedido por lei imperativa, regulamento aplicável ou ordem do tribunal arbitral.

#### **d. E em Portugal?**

§ 8. Durante muitos anos, ao longo de décadas e décadas, não existiu regra expressa sobre o tema no código deontológico dos advogados. O contacto entre o advogado e as testemunhas sempre foi considerado como uma prática imoral e altamente censurável do ponto de vista deontológico e, assim, proibida de acordo com os usos e costumes da profissão, sendo expressamente condenada pelas decisões disciplinares do Conselho Superior da Ordem dos Advogados<sup>26</sup>.

No virar do século, sobretudo a partir de 2003, ainda que de forma muito controversa e com decisões disciplinares contraditórias, assistiu-se a uma importante mudança de entendimento, no sentido de que “*as conversações entre o advogado e a testemunha*” são ilícitas se forem prejudiciais para a descoberta da verdade, mas são admissíveis “*desde que delas não resulte qualquer alteração do futuro depoimento*”<sup>27</sup> da testemunha.

Em suma, como afirmou o Conselho Superior da Ordem em 2003: “*O não falar com testemunhas é uma forma simplificada de expressão. O que é,*

<sup>26</sup> Decisão do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 18.02.2000, para aprovação do Parecer nº E-9/99:

*“1º – A proibição dos advogado contactar ou ouvir testemunhas é um valor ético fundamental para o prestígio e dignidade da classe, a tal ponto que constitui um dado adquirido da consciência da classe e dos profissionais do foro;*

*2º – Tal proibição resulta da praxe forense, fonte de direito deontológico, nos termos do artigo 76º, nº 3 do EOA, e da deliberação solene do 1º Congresso dos Advogados Portugueses de 1972;*

*3º – Este princípio deontológico não deve sofrer qualquer restrição, nem nos casos específicos em que as testemunhas sejam gerentes ou empregados de empresas patrocinadas pelo advogado.”*

<sup>27</sup> Decisão do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 18.02.2000, para aprovação do Parecer nº E-9/99.



*e sempre foi vedado é influenciar o depoimento de uma testemunha, o alterar, por qualquer forma, a prova a apresentar em tribunal*<sup>28</sup>.

Foi este o entendimento que deu origem ao artigo 104º do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados, em vigor de 2005 a 2015, que dispunha o seguinte:

*“Relação com as testemunhas*

*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”.*

Assim sendo, desde 2005, o código deontológico dos advogados portugueses permite o contacto entre o advogado e a testemunha ou o perito, mas proíbe expressamente que esse contacto tenha por fim a instrução da testemunha ou perito, ou seja, a alteração do respetivo depoimento.

Este estatuto foi objeto de revisão, prevendo o atual artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 145/2015, de 9 de Setembro) o seguinte:

*“É vedado ao advogado, por si ou por interposta pessoa, 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”* (sublinhado nosso).

<sup>28</sup> Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 17.10.2003:

*“É costume e praxe profissional antigo o de os advogados não falarem com as testemunhas.*

*Esta obrigação não consta expressamente da Lei, mas, porque é uso e costume, é igualmente de cumprimento obrigatório.*

*Há abundante jurisprudência dos órgãos da Ordem dos Advogados, alguma dos Tribunais, e vários pareceres, sobre esta matéria. O não falar com as testemunhas é uma forma simplificada de expressão. O que é, e sempre foi vedado é influenciar o depoimento da testemunha, o alterar, por qualquer forma, a prova a apresentar em Tribunal.*

*Nunca foi vedado ao advogado falar com pessoas que são testemunhas num processo. Se o advogado conhece uma pessoa que vem a ser arrolada como testemunha num processo em que intervém não está obrigado a interromper os contactos sociais que com ela mantém. O advogado que trabalha numa empresa mantém diariamente contacto com os que aí trabalham, muitos dos quais serão testemunhas quase habituais de certos processos (por exemplo incumprimento de contratos).*

*Mesmo que venha a existir uma conversa entre advogado e futura testemunha, sobre a matéria que virá a ser objecto de um processo judicial, tal só constituirá infração disciplinar se o Advogado influenciar, ou tentar influenciar, o depoimento da testemunha. Se esta se limitar a dar uma informação ao advogado (por exemplo que o devedor deve isto ou aquilo, que foi interpelado por escrito uma ou mais vezes, etc.) daqui não resulta qualquer ilícito”.*

A alteração introduzida pela Lei nº 145/2015 (introduzindo a expressão “*por si ou por interposta pessoa*”) não tem especial relevância para o tema. Com efeito, para a discussão, que está longe de estar encerrada<sup>29</sup>, não interessa se o contacto do advogado com a testemunha é direto ou indireto; interessa a finalidade desse contacto, sendo proibido, não qualquer contacto entre advogado e testemunhas, mas apenas o que seja efetuado com a finalidade de alterar o depoimento da testemunha, prejudicando assim a descoberta da verdade. Mas fica claro que o advogado também não pode instruir a testemunha ou perito através de um terceiro, por exemplo, o seu cliente.

§ 9. Não existe em Portugal qualquer disposição legal que estabeleça um regime especial para a atuação dos advogados portugueses em arbitragens internacionais – quer no Estatuto da Ordem dos Advogados, quer na Lei de Arbitragem Voluntária – como não se conhece qualquer decisão da Ordem dos Advogados portuguesa que trate especificamente este tema.

Importa, no entanto, ter presente o “Código de Deontologia dos Advogados Europeus” (CCBE Code of Conduct), em vigor em Portugal desde 01.01.2008, cuja versão oficial em língua portuguesa foi aprovada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados e publicada em Diário da República em 2007<sup>30</sup>, aplicável aos advogados portugueses nas suas “*acti-*

<sup>29</sup> ANTÓNIO ARNAUT (in “*Iniciação à Advocacia*” – Janeiro de 2014, pág. 100), continuava a defender – com o devido respeito, a nosso ver, mal – que o artigo 104º do EOA consagrava estatutariamente o dever de não contactar testemunhas, “*fundado na tradição forense*”, defendendo que quando seja necessário ao advogado obter informações necessárias ao patrocínio e que só possam ser dadas por pessoas que venham a ser testemunhas, “*deve ser outrem a obter tais informações, de modo a que não seja o mesmo advogado a falar com a testemunha e a interrogá-la em tribunal*”, com vista a evitar “*riscos e suspeitas*”. Uma posição difícil de defender face à letra e ao espírito do antigo artigo 104º do EOA e que atualmente nos parece indefensável em face da alteração legislativa introduzida em 2015, com a redação dada ao atual artigo 109º do EOA.

<sup>30</sup> Deliberação nº 2511/2007 OA (2ª série), de 27 de Dezembro de 2007/Ordem dos Advogados, Conselho Geral. Aprova a tradução na língua portuguesa do Código de Deontologia dos Advogados Europeus, originalmente adotado na sessão plenária do *Conseil des Barreaux européens* (CCBE) de 28 de Outubro de 1988 e subsequentemente alterado nas sessões plenárias do CCBE de 28 de Novembro de 1998, de 6 de Dezembro de 2002 e de 19 de Maio de 2006. Revoga o Regulamento nº 25/2001, de 22 de Novembro. Diário da República. – S.2-E n.249 (27 Dezembro 2007).

*vidades transfronteiriças (...) no interior da União Europeia e do Espaço Económico Europeu”, designadamente “Toda a relação profissional de um advogado de um Estado-Membro estabelecida com advogados de outro Estado-Membro”, bem como “As actividades profissionais de um advogado num Estado-Membro diferente do seu, mesmo que o advogado aí não se desloque”.*

O artigo 4.5 deste Código Deontológico determina que os deveres deontológicos previstos para os advogados nas suas “*relações com os tribunais*” os vinculam nas arbitragens internacionais em que participem advogados portugueses: “*As regras aplicáveis às relações do advogado com os Tribunais aplicam-se igualmente às relações do advogado com árbitros, peritos ou com qualquer outra pessoa que exerça funções jurisdicionais ou quase-jurisdicionais, ainda que a título ocasional*”.

Estão em causa quatro regras, nenhuma delas proibindo, autorizando ou regulando diretamente a relação entre o advogado e a testemunha ou o perito, a saber: (i) o advogado que se apresente ou participe num procedimento perante uma autoridade judicial ou Tribunal, terá de observar as regras deontológicas aplicáveis nessa jurisdição; (ii) o advogado deve, em todas as circunstâncias, observar o princípio da boa fé e da lealdade processual e o carácter contraditório dos debates; (iii) salvaguardando o respeito e a urbanidade devidos ao Tribunal, o advogado defenderá o seu cliente honradamente e sem medo, abstraindo-se dos seus próprios interesses e de quaisquer consequências que possam resultar para si ou qualquer outra pessoa; e (iv) em momento algum deve o advogado, conscientemente, fornecer ao Tribunal uma informação falsa ou suscetível de o induzir em erro<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> “4. RELATIONS WITH THE COURTS

4.1. *Rules of Conduct in Court*

*A lawyer who appears, or takes part in a case, before a court or tribunal must comply with the rules of conduct applied before that court or tribunal.*

4.2. *Fair Conduct of Proceedings*

*A lawyer must always have due regard for the fair conduct of proceedings.*

4.3. *Demeanour in Court*

*A lawyer shall while maintaining due respect and courtesy towards the court defend the interests of the client honourably and fearlessly without regard to the lawyer’s own interests or to any consequences to him- or herself or to any other person.*

*False or Misleading Information*

*A lawyer shall never knowingly give false or misleading information to the court.*

4.5. *Extension to Arbitrators etc.*

Em suma, deste Código Deontológico dos Advogados Europeus, em matéria de relação entre o advogado e a testemunha ou o perito, não resulta qualquer proibição de contacto, ou qualquer limite específico a essa interação, mas é legítimo concluir que o dever de atuação com lealdade processual e a proibição expressa de o advogado fornecer ao Tribunal “*uma informação falsa ou suscetível de o induzir em erro*” reforça o dever de o advogado não instruir a testemunha para alterar o seu depoimento com prejuízo da descoberta da verdade, que resultava do antigo artigo 104º e resulta do atual artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

§ 10. Neste quadro, que concluímos sobre o que pode ou não fazer um advogado de *civil law*, português, na preparação de uma arbitragem (internacional), no que respeita à sua relação com as testemunhas? O que fazer e/ou não fazer?

Em primeiro lugar, cremos que é conforme com as regras deontológicas atualmente aplicáveis a prática de um advogado português que participe numa arbitragem, doméstica ou internacional, de contactar e reunir com testemunhas, ou pessoas que podem vir a ser testemunhas, com vista à recolha de informações e documentos relevantes para a defesa do cliente, nomeadamente com vista à elaboração dos articulados.

Mas podemos e devemos ir mais longe. É dever do advogado promover esse contacto e obter diretamente essas informações, conscientemente, de tal forma que o advogado que não o faça viola o seu dever de defesa do interesse do cliente (artigo 97º, nº 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados<sup>32</sup>).

Em segundo lugar, quanto à participação do advogado na elaboração dos depoimentos escritos das testemunhas, somos da opinião de que atua conforme com as regras deontológicas da profissão atualmente em vigor em Portugal o advogado que realiza reuniões com a testemunha e participa na elaboração do depoimento escrito.

*The rules governing a lawyer's relations with the courts apply also to the lawyer's relations with arbitrators and any other persons exercising judicial or quasi-judicial functions, even on an occasional basis”.*

<sup>32</sup> Nos termos do artigo 97º, nº 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados “*O advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas*”.

Essa participação pode consistir na revisão do depoimento originalmente escrito pela testemunha ou pode mesmo consistir, em certos casos, na própria redação pelo advogado do depoimento que lhe é transmitido pela testemunha<sup>33</sup>, devendo os termos dessa participação constar expressamente do texto do depoimento escrito.

Ultrapassada a dúvida deontológica, a questão parece colocar-se mais num plano estratégico, havendo quem defenda que esta não será a prática mais aconselhável, por retirar genuinidade e espontaneidade ao depoimento.

Como refere Robert S. Rifkind<sup>34</sup> de forma impressiva, o advogado deve resistir aos pedidos das testemunhas para escrever o depoimento, sobretudo dos executivos “*com pouco tempo e habituados a dar ordens*”. A testemunha deve perceber que o depoimento escrito é o seu depoimento, que tem que participar ativamente na sua elaboração e que está totalmente segura e satisfeita com cada palavra do depoimento. O “*truque do ventríloquo*” será facilmente desmascarado na *cross-examination*<sup>35</sup>. Mas o advogado também não é um mero estenógrafo. “*He is not the author of the script, but he is the director of the play*”, ou seja, não é o compositor, mas é o maestro. Para este autor e experiente advogado americano, compete ao advogado definir os factos que devem ser explicados com detalhe, a ordem dos factos, que exemplos devem ser dados, que documentos devem ser citados, que considerações devem ser eliminadas, e mais ainda, deve aconselhar sobre o estilo, o tom, o vocabulário e os sublinhados.

<sup>33</sup> “É hoje entendimento pacífico na comunidade internacional que os depoimentos não têm de ser necessariamente escritos pelo punho das testemunhas, podendo ser preparados com a ajuda de advogados” refere PEDRO METELLO DE NÁPOLES, in “As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional”, in *Revista Internacional de Arbitragem*, Ano III, 2010, p. 112.

<sup>34</sup> ROBERT S. RIFKIND, in “*Preparing the witness for Cross-Examination*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 141

<sup>35</sup> ALEXIS MOURRE, in “*L’administration de la preuve orale dans l’arbitrage international: État actuel de la pratique et perspectives d’évolution*”, in “*Les Arbitres Internationaux*”, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Volume 8, p. 158, salient que: “*Ces déclarations écrites étant souvent rédigées par les conseils eux-mêmes, une telle situation conduit à diminuer encore la crédibilité du témoignage. Le cross-examination est en revanche toujours préparé avec beaucoup de soin. Lorsqu’il aura été bien mené, celui-ci peut conduire un témoin à se mettre en contradiction avec lui-même ou avec les thèses de la partie qui l’a présenté, ce à quoi les arbitres attacheront alors une certaine importance*”.

Como se referiu, é pacificamente considerada boa prática fazer constar expressamente do depoimento escrito quem foi o advogado que participou na elaboração do depoimento e em que é que consistiu essa participação<sup>36</sup>, nomeadamente se consistiu na revisão do texto elaborado pela testemunha ou na própria elaboração do texto com base na entrevista tida com a testemunha e nas informações fornecidas pela mesma.

Estas duas práticas têm, porém, um limite absolutamente intransponível, sob pena de responsabilidade disciplinar por violação do artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados: o advogado não pode de forma alguma alterar ou falsear o depoimento da testemunha, influenciá-la para alterar o seu depoimento contra a verdade, isto é, em sentido diferente da memória que a testemunha tem dos factos.

Em terceiro lugar, podemos concluir que um advogado português que participe numa arbitragem, doméstica ou internacional, pode reunir com uma testemunha, na preparação do interrogatório presencial da testemunha em julgamento – e nesse caso, também com o perito – que será feito pelo mesmo advogado (ou outro da sua equipa), pelo advogado da outra parte (*cross-examination*) ou pelo próprio Tribunal Arbitral. Com o mesmo limite intransponível, o respeito pela verdade, sob pena de infração disciplinar por violação do artigo 109º do EOA.

§ 11. Mas, então, em que pode consistir essa preparação para o *cross-examination*? A questão é melindrosa e de difícil resposta. Entre uma sessão de preparação de uma inquirição entre o advogado e a testemunha ou perito e uma sessão de treino (“*coaching*”) da testemunha, existe um mundo tão grande como aquele que sempre existiu entre o simples *contacto* com as testemunhas e a *instrução* das testemunhas.

Antes de prosseguir, é importante recordar brevemente as vantagens e desvantagens assinaladas ao contacto entre o advogado e a testemunha: por um lado, esse contacto é imprescindível para o advogado conhecer os factos, preparar o pedido ou defesa; confere eficácia à produção de prova, porque as testemunhas sabem com precisão sobre o que vão depor

<sup>36</sup> V. V. VEEDER (Barrister, United Kingdom), in “Introduction”, “Arbitration and Oral Evidence”, ICC, January 2005, p. 9: “*off all developments (of international arbitration), the most important is transparency: if the witness has been assisted by others in producing his or her witness written statement, then the witness should be required to disclose in the statement their names and professions, the time taken and the form of assistance provided by them*”.

e conhecem os documentos relevantes; mas, por outro lado, existe sempre sério risco de manipulação da testemunha, de alteração do seu depoimento em benefício da posição do cliente, prejudicando a “*descoberta da verdade*”.

Assim sendo, o advogado pode, naturalmente, explicar à testemunha o procedimento de inquirição, ou seja, quem vai estar presente, a disposição da sala, quem a vai inquirir, qual o estilo do inquiridor. E dar-lhe os conselhos básicos, universais e clássicos sobre como se deve comportar na inquirição:

1. responder com verdade, que é simultaneamente um dever e um porto seguro;
2. ouvir cada questão com cuidado assegurando-se que a compreendeu antes de responder, pedindo para a pergunta ser repetida até a entender;
3. responder de acordo com a própria memória e conhecimento, sem especulações ou palpites, devendo referir o grau de incerteza, se for o caso;
4. se não souber ou não se recordar sobre o que lhe é perguntado, deve simplesmente responder que não sabe, ou não se recorda;
5. não responder a questões hipotéticas, nem dar opiniões, a não ser que seja uma testemunha-perito;
6. se quiser, pode fundamentar bem as suas respostas, não podendo ser limitado a uma resposta de sim ou não;
7. nunca se intimidar, nem discutir com o advogado ou com o tribunal, nem demonstrar qualquer tipo de irritação ou enfado;
8. evitar o mais possível o exagero, o subentendido, a ironia, o sarcasmo, a arrogância e qualquer tentativa de humor;
9. só responder a questões colocadas e não tomar iniciativa de falar sobre o que não foi perguntado;
10. manter uma atitude igual perante as questões colocadas pelos advogados das duas partes, não revelando qualquer parcialidade<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Inspirado, entre outros, em ROBERT S. RIFKIND, in “*Preparing the witness for cross-examination*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 144: “*The witness must be told that to testify is not to chat or to chatter, that his words when spoken and recorded cannot readily be withdrawn or modified, and that each answer must be framed in his mind before it is uttered. He must be told to listen carefully to each question to be sure that he understands it and to have it repeated or explained if he doesn’t understand it. He must be told that his answer is to be*



São sempre bons conselhos, clássicos e bem conhecidos, sejam ou não apresentados como uma espécie de “10 mandamentos das testemunhas”.

O advogado pode também informar a testemunha, com rigor e cuidado, sobre todos os temas, os factos que vão ser objeto da inquirição, mostrar-lhe todos os documentos relevantes do processo para a sua inquirição e informá-la que pode levar consigo para o seu depoimento os documentos que entender ou as suas notas pessoais (sem prejuízo de a testemunha os poder ter que revelar, por ordem do tribunal).

E pode igualmente informar a testemunha sobre quais as questões que prevê que lhe serão colocadas, em face das matérias em causa<sup>38</sup>.

Toda esta prática, pensamos, cumpre rigorosamente o limite traçado pelo artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados e pela recente prática forense e jurisprudência portuguesas.

*based only on his own knowledge and his own memory that if he does not know the answer to a question he must in truth say so, and that if his memory is uncertain, he should indicate the degree of uncertainty. He should be told that his answers must not be based on speculation, guesses, or assumptions. It should be pointed out to the witness that he only knows what he sees or hears and, particularly, that he should not claim to know what someone else intends or has in mind. Unless he is an expert witness, he should not answer hypothetical questions or offer his opinions. He is entitled to explain his answers and need not be confirmed to a yes or no. He should not be intimidated by the tone or style of cross-examining counsel or of the Tribunal, but he should not engage in argument, nor lose his temper. He should avoid hyperbole and understatement, sarcasm, arrogance, and attempts at humor. And he should be reminded yet again that truth is both his duty and his safe harbor.”; ROBERT S. RIFKIND, in “Practices of the horseshed: The preparation of witness by counsel in America” (Dossiers ICC Institute of World Business Law”), p. 61: “There is a long litany of things that one normally tells a witness at this point. He must be told to listen carefully to the question asked, be sure he understands it and have it repeated or explained if he doesn’t understand it. His answer must be based on his own knowledge and his own memory. If his memory is uncertain, he should indicate his degree of uncertainty. His answer must not be based on speculation, guesses, or assumptions. Unless he is an expert-witness, he should not answer hypothetical questions or offer his opinions. He is entitled to explain his answer. He need not be confined to a yes or no. He should, as a rule, only respond to the question put and not volunteer what has not been asked for”.*

<sup>38</sup> ALEXIS MOURRE, in “L’administration de la preuve orale dans l’arbitrage international: État actuel de la pratique et perspectives d’évolution”, in “Les Arbitres Internationaux”, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Volume 8, p. 157, defende que “Cette «préparation» des témoins est considérée comme un des aspects les plus délicats et le plus importants de la défense des intérêts d’une partie dans une procédure d’arbitrage international. Cette activité comprend la définition avec le témoin des questions sur lesquelles son témoignage pourra servir les intérêts de la partie qui le présente, l’examen des réponses qui pourront être apportées aux questions probables des conseils de l’autre partie”. E, acrescenta o mesmo autor, “Cette activité comprend même parfois un simulacre d’interrogatoire et de contre interrogatoire auquel il pourra être soumis, avec l’examen des réponses qui pourront être apportées aux questions probables des conseils de l’autre partie”.

§ 12. Para lá desse limite, entramos no campo do treino (“*coaching*”) da testemunha, que não deve ser permitido. Pode o advogado – ou um seu colega de equipa, por razões estratégicas – ensaiar a inquirição da testemunha, até obter as respostas satisfatórias (“*mock trials*”) ? Pode sugerir à testemunha as respostas adequadas a essas perguntas, de acordo com o interesse do seu cliente? Pode treinar essas respostas? Pode ensaiar, repetir (e até filmar) este exercício até que as respostas certas sejam dadas, com segurança e naturalidade?

Creemos que não, pois essa prática é suscetível de influenciar e alterar o depoimento da testemunha, podendo assim prejudicar o depoimento verdadeiro e promover o falso testemunho, em violação do dever imposto pelo artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Em conclusão, o advogado português que participa numa arbitragem, doméstica ou internacional, cumpre os deveres deontológicos a que está vinculado quando reúne com a testemunha, na preparação do depoimento escrito e do depoimento presencial, mas viola os seus deveres se treina (“*coach*”) a testemunha, alterando as respostas e viciando a seu depoimento genuíno e verdadeiro sobre os factos.

§ 13. Assim sendo, pode existir, de facto, uma situação de potencial desigualdade que deve ser acautelada e resolvida.

Numa arbitragem internacional, em que uma parte e o seu advogado portugueses (ou de outra nacionalidade com um regime semelhante ao de Portugal) defrontem partes e advogados dos EUA e até eventualmente de alguns países da Europa continental, como a França, Bélgica e Suíça – com regras deontológicas excecionais, permitindo expressamente uma atuação mais liberal dos respetivos advogados nas arbitragens internacionais – pode existir uma situação de desvantagem dos primeiros no que respeita à preparação da produção de prova testemunhal, por força da limitação deontológica a que estão sujeitos esses advogados.

Esta situação está perfeitamente identificada pela doutrina especializada: “*Sem uma adaptação da praxe forense às modernas exigências de preparação da prova – sublinhe-se, preparação da prova e não fabrico da prova – o advogado português poderá ficar em desvantagem competitiva naquele mercado*”<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in “*Produção de Prova*”, de Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com), p. 28 (sublinhado nosso).

Qual a solução que se impõe? Nestes casos, deve o Tribunal Arbitral, por sua iniciativa ou a solicitação da parte, definir regras processuais sobre o tema, que se impõem a todas as partes em condições de igualdade, o que significa que todos os advogados passarão a estar sujeitos ao regime nacional que se mostre mais exigente em matéria de contacto e preparação de testemunhas.

É essa a resposta que decorre das Notas da UNCITRAL, de 2012, segundo as quais *“in order to avoid misunderstandings, the arbitral tribunal may consider it useful to clarify what kind of contacts a party is permitted to have with a witness in the preparations for hearings”*. (...) *“In some legal systems, parties or their representatives are permitted to interview witness, prior to their appearance at the hearing, as to such matters as their recollection of the relevant events, their experience, qualifications or relation with participant in the proceedings. In those legal systems such contacts are usually not permitted once the witness’s oral testimony has begun. In other systems such contacts with witnesses are considered improper”*.

Também as IBA Rules de 2010 dispõem que o Tribunal Arbitral deve, o mais cedo possível, consultar as partes para acordarem nas regras sobre a produção de prova, incluindo expressamente sobre a preparação dos depoimentos escritos e os depoimentos presenciais das testemunhas (artigo 2. n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b) das IBA Rules)<sup>40</sup>, quem deve testemunhar e a relevância da prova, a admissibilidade ou a sua exclusão, considerando nomeadamente, entre outros fatores *“the need to maintain fairness and equality between the Parties, particularly if they are subject to different legal and ethical rules”* (artigo 9. n.º 3, alínea b) das IBA Rules).

Pode ainda o Tribunal Arbitral, nesse caso, impor às partes e aos seus advogados um dever de revelação sobre o *“âmbito e natureza”* dos contactos que vierem a ser estabelecidos entre os advogados e as testemunhas (e peritos, se existirem)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Article 2 – Consultation on Evidentiary Issues

1. *“The Arbitral Tribunal shall consult the Parties at the earliest appropriate time in the proceedings and invite them to consult each other with a view to agreeing on an efficient, economical and fair process for the taking of evidence. 2. The consultation on evidentiary issues may address the scope, timing and manner of the taking of evidence, including: (a) the preparation and submission of Witness Statements and Expert Reports; (b) the taking of oral testimony at any Evidentiary Hearing”*.

<sup>41</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *“Produção de Prova”*, de Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com), p. 26: *“A introdução (nas regras da IBA) de uma obrigação de revelação (disclosure) do âmbito e natureza de tais contactos (...) parece-nos igualmente de aplaudir,*

Dependendo, naturalmente, da lei aplicável à arbitragem, caso o Tribunal Arbitral se recuse a definir as regras processuais nesses termos, existe um risco de a decisão arbitral poder vir a ser anulada, pois em causa está seguramente a potencial violação de um princípio basilar do processo arbitral: a igualdade no tratamento das partes.

Sendo-lhe aplicável a Lei da Arbitragem Voluntária, Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro, o processo arbitral deve necessariamente respeitar o princípio fundamental do tratamento das partes com igualdade (artigo 30º, nº 1, alínea b), da Lei da Arbitragem Voluntária), o que significa que as regras processuais – acordadas pelas partes, até a aceitação do primeiro árbitro, ou definidas pelo Tribunal Arbitral, depois desse momento – terão que respeitar esse princípio.

Nos termos do mesmo artigo 30º da Lei da Arbitragem Voluntária, números 3 e 4, o Tribunal Arbitral tem poderes para “*conduzir a arbitragem do modo que considerar adequado*”, podendo definir as regras processuais e determinar quais as provas admissíveis e o seu valor, pelo que o Tribunal tem obviamente poderes para definir as regras que deverão ser cumpridas pelas partes e pelos seus mandatários no contacto e na preparação das testemunhas. Não se trata de transformar o Tribunal Arbitral num polícia de costumes, mas de garantir um processo justo, equitativo, e bem assim de assegurar a validade da sentença arbitral.

Caso o Tribunal Arbitral, confrontado pela parte que se considere prejudicada, por verificar uma situação de desigualdade, se recuse a definir essas regras, a sentença arbitral pode ser impugnada, nos termos do artigo 46º, nº 3, alínea a), subalínea ii), da Lei da Arbitragem Voluntária, desde que essa violação do princípio do tratamento igual das partes tenha tido “*influência decisiva na resolução do litígio*”. Tal pode não ser fácil de provar, mas essa é outra questão<sup>42 43</sup>.

*podendo funcionar como instrumento de aprofundamento dos princípios da igualdade das partes e da boa fé processual”.*

<sup>42</sup> Neste sentido, ainda que mais genericamente sobre a produção de prova, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, in “*As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional*”, Revista Internacional de Arbitragem, Ano III, 2010, p. 108: “*Um dos obstáculos frequentemente encontrados em arbitragens internacionais resulta da diferença de culturas e, conseqüentemente, da diversidade de expectativas das partes quanto à forma de desenvolvimento do processo. Tais diferenças, se detectadas tardiamente, podem causar óbvias dificuldades, já que o tribunal se verá confrontado com ter de optar entre promover o andamento do processo e o seu próprio entendimento sobre as regras aplicáveis,*

Nesse contexto, será também possível defender que as regras imperativas sobre a atuação dos advogados, nomeadamente no que respeita à produção de prova, incluindo o contacto e a preparação das testemunhas, integram a ordem pública (internacional) do Estado português, pelo que uma sentença arbitral fundada em prova produzida em violação dessas regras – nomeadamente, através do “*coaching*” sistemático das testemunhas – poderá também ser objeto de impugnação com esse fundamento (cfr. artigo 46º, nº 3, alínea b), subalínea ii), da Lei da Arbitragem Voluntária).

Note-se que o direito a um processo equitativo (“*due process*”) encontra-se expressamente acolhido no artigo 20º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa – por sua vez inspirado no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>44</sup> –, e constitui pedra basilar do

*por um lado, e o risco de limitar o direito de uma das partes a produzir prova, pondo em causa a própria validade da futura decisão arbitral”.*

<sup>43</sup> Sobre este fundamento de anulação da decisão arbitral se pronunciou o Tribunal Central Administrativo Sul, à luz da anterior Lei da Arbitragem Voluntária (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto), em acórdão de 12.09.2013, processo nº 01570/06 (Desembargadora Relatora Ana Celeste de Carvalho), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “*A exigência da influência decisiva da inobservância dos princípios previstos no artº 16º da LAV na resolução do litígio, tem o significado de na citada causa de anulação da decisão arbitral não caber qualquer violação, não bastando à parte invocar a mera inobservância ou desrespeito do princípio, sendo necessária a demonstração da sua relevância e sua contribuição efectiva para o desfecho do litígio. Por outro lado, o fundamento de anulação consiste na violação do princípio da igualdade de tratamento das partes ao longo da tramitação do processo arbitral, pretendendo tal princípio significar que sejam dadas iguais oportunidades às partes, designadamente, quanto aos meios de defesa. Tal princípio exige que as partes possuam os mesmos poderes, direitos, ónus e deveres, situando-se cada parte numa posição de plena igualdade perante a outra e ambas sejam tratadas de igual modo pelo Tribunal. Segundo a doutrina, o princípio da igualdade das partes “consiste em as partes serem postas no processo em perfeita paridade de condições, disfrutando, portanto, de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida” Manuel de Andrade, in “Noções Elementares de Processo Civil”, 1º vol, 1963, pág. 353) e, em concreto, o princípio exige a “identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e a sua sujeição a ónus e cominações idênticos, sempre que a sua posição perante o processo é equiparável” (Lebre de Freitas, in “Introdução ao Processo Civil”, 1º vol., 1996, pág. 105). Esta igualdade de tratamento das partes é assumida como uma concretização do princípio constitucional da igualdade, previsto no nº 1 do artº 13º da Constituição, tendo expressão, enquanto princípio processual, no disposto no artº 3º-A do CPC, o qual se aplica subsidiariamente ao processo arbitral”. Vide ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.04.2015, processo nº 3486/12.7TBLRA.C1 (Desembargador Relator Henrique Antunes), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):*

<sup>44</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA / JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, 2000, p. 103.

nosso ordenamento jurídico. O respeito por este princípio fundamental pressupõe, assim, que as relações entre os advogados e as testemunhas se desenvolvam em condições de estrita igualdade, o que determina que, numa arbitragem em que participe um advogado português, o contacto entre os advogados e as testemunhas não possa ir para além dos limites consagrados no artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados. Por outro lado, pela tutela constitucional que merece e pela relevância que assume, transversal a todo regime processual português, a violação do princípio da igualdade de armas no âmbito de um processo arbitral, através do *coaching* de testemunhas por uma das partes em desrespeito daqueles deveres deontológicos, reforça, em nosso entender, as hipóteses de sucesso de um eventual pedido de anulação da decisão arbitral ou de oposição ao reconhecimento da mesma com fundamento na violação da ordem pública internacional do Estado<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Note-se, no entanto, que a prolação de uma decisão arbitral baseada em prova que atente contra o princípio do processo equitativo, não obstante a tutela constitucional que este conhece, não legitima a parte lesada a recorrer para o Tribunal Constitucional, uma vez que não está em causa a aplicação, por parte do Tribunal Arbitral, de normas feridas de inconstitucionalidade ou a não aplicação de uma norma com o mesmo fundamento. Com efeito, contrariamente ao que se verifica em países como a Alemanha ou a Espanha, em Portugal o Tribunal Constitucional não tem o *exclusivo* da competência em matéria de controlo da inconstitucionalidade, inexistindo no nosso ordenamento figura análoga à *Verfassungsbeschwerde* alemã ou ao *recurso de amparo* espanhol. O recurso para o Tribunal Constitucional já será possível se, uma vez suscitada pela parte lesada, atempadamente, a questão da violação do princípio do processo equitativo na prova produzida (por exemplo, prova testemunhal), o Tribunal Arbitral indefira o pedido de desconsideração ou desentranhamento dos elementos de prova em causa, fundamentando essa sua decisão na interpretação e aplicação de uma norma jurídica em sentido contrário à Constituição. Sobre a possibilidade de recurso das decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional e as questões que nesta sede se levantam *vide* o escrito do nosso saudoso e querido “Dr. Miguel”, MIGUEL GALVÃO TELES, “*Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais*”, in “*Escritos Jurídicos*”, Volume I, Almedina, 2013, pp. 579 a 603.

## II. QUAL O PAPEL DO ADVOGADO NA *CROSS-EXAMINATION* DE TESTEMUNHAS E PERITOS INDICADOS PELA OUTRA PARTE? ALGUMAS QUESTÕES.

### a. Originalidades da arbitragem na produção de prova testemunhal e pericial

§ 14. O encontro de culturas jurídicas distintas, de *commow-law* e *civil law*, promovido pela arbitragem internacional estimulou a criação de soluções inovadoras e originais para o processo arbitral, nomeadamente sobre a produção de prova testemunhal e pericial, sempre orientadas para o objetivo de a decisão arbitral ser tomada num prazo razoável, o mais curto possível, reduzindo as formalidades e os expedientes dilatatórios, e promovendo a simplificação de procedimentos e o efetivo apuramento de factos essenciais da causa<sup>46</sup>.

São exemplo dessas soluções a definição sintética e abrangente de apenas algumas grandes questões de facto a submeter à prova; a promoção dos depoimentos escritos das testemunhas, que são apenas submetidas à inquirição do mandatário da parte que se opõe a a quem as arrolou (*cross-examination*), se este o requerer; a admissibilidade do depoimento de administradores ou gerentes das sociedades sem finalidade e efeito de confissão, alargando o conceito de testemunha; a limitação dos tempos de inquirição das testemunhas pelos mandatários das partes; e a preferência pelas testemunhas-perito em detrimento da peritagem colegial.

Algumas destas soluções revelaram de tal forma as suas vantagens, que influenciaram as reformas dos regimes processuais civis nacionais, como aconteceu em Portugal, com o novo Código de Processo Civil de 2013 (Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), nomeadamente a adequação formal, a simplificação e a agilização processual, a defesa do objeto do litígio e dos temas de prova e admissibilidade das declarações de parte.

<sup>46</sup> Sobre este tema, YVES DERAIS, in “*La Pratique de l’administration de la preuve dans l’arbitrage commercial international*”, “*Revue de l’arbitrage*”, 2004, n.º 4, pp. 781 ss.: “*Summary: In order to achieve the cultural neutrality required in the presence of parties of different origins, international arbitration must combine the various and conflicting legal traditions which exist in relation to the administration of proof. In this respect, both the civil law and common law jurisdictions have a core of different rules, which make easy to contrast them. Schematically, the main points of divergence between these two legal traditions concern the very subject matter of the proceedings, the courts’ powers of intervention and the role of the hearing. The practice of international arbitration has given rise to procedures of composite nature, which borrow some of their characteristics from each of the two great legal families.*”



O processo civil português não se limitou a importar as soluções processuais do processo arbitral, mas foi certamente influenciado – entre outros bons fatores – pela prática da arbitragem, nacional e internacional.

Estas soluções suscitam, porém, novas questões e novos desafios para os advogados e para os árbitros, algumas das quais enunciaremos de seguida de forma resumida.

## **b. Preparação da *cross-examination* de testemunhas e peritos**

§ 15. Sabemos, por experiência própria, que a chave para o sucesso de uma *cross-examination* sempre foi a sua preparação meticulosa pelo advogado, que tem a obrigação de preparar a inquirição de cada testemunha e de cada perito com o máximo rigor, cuidado e profundidade.

Tem que conhecer profundamente o processo, cada palavra de cada página dos articulados e de todos os documentos.

Tem que descobrir tudo o que há para descobrir sobre cada testemunha ou perito que vai inquirir.

Nesta tarefa, apenas uma coisa mudou. Atualmente o melhor amigo do advogado tem um nome que não é o do cliente: chama-se “*google*”. Quem não “*googlar*” bem a testemunha ou o perito, entra a perder na *cross-examination*. Tudo, ou quase tudo o que somos e escrevemos, está na *internet*, pois são poucos os que não têm perfil no *Facebook* ou no *LinkedIn*, ou não têm a sua obra acessível na rede. Basta saber procurar, mas procurar bem, porque a *internet* está inundada de rumores, boatos, informações incorretas e falsos perfis.<sup>47</sup>

Mas aqui termina a semelhança entre a preparação da inquirição de uma testemunha e a de um perito apresentado pela parte contrária. A testemunha depõe sobre factos, o perito dá opiniões técnicas sobre matérias complexas e especializadas.

Para inquirir uma testemunha, *basta* ser advogado. Para inquirir o perito, o advogado tem que se transformar num especialista temporário em matérias tão diferentes e (para si) misteriosas, tais como helicópteros

<sup>47</sup> PAUL-A. GÉLINAS, in “*Evidence through witness*”, Dossiers ICC “*Arbitration and oral evidence*”, 2005, pp. 29 e ss., defende que o rol de testemunhas, deve ser acompanhado do CV e fotografia de cada testemunha (p. 40) – o que facilita este trabalho dos advogados, mas também do Tribunal Arbitral quando tiver que se recordar do que disse cada testemunha. Para este efeito, o autor sugere mesmo que cada testemunha seja fotografada ou filmada pelo secretário do Tribunal (p. 47).

de ataque, mercado de *swaps*, saneamento básico ou reprodução animal. E nunca ficará a saber o suficiente.

### c. As dificuldades da *cross-examination* dos peritos

§ 16. O primeiro trabalho do advogado passa por “simplificar” o perito, sobretudo no caso de peritos com menos experiência em tribunal. O professor de engenharia ou o maior especialista vivo em medicina tropical tem que aprender a escrever e falar para o Tribunal Arbitral, de forma diferente da que costuma fazer no exercício da sua profissão, perante os seus pares ou alunos. Tem que deixar a vaidade e a arrogância – se as tiver – ou pelo menos, a natural superioridade intelectual, fora da porta e procurar escrever e dizer as coisas para que, desde logo, o advogado realmente as entenda<sup>48</sup>.

Segundo John M. Townsend, com algum exagero, só há duas categorias de peritos apresentados pela parte contrária: os profissionais honestos, mas enganados; e os mentirosos profissionais (“*One is the honest but mistaken professional. The other is the paid liar*”)<sup>49</sup>.

Diz a experiência que a tarefa mais fácil é a inquirição do perito “*paid liar*”, a do perito parcial que aceitou tomar partido da parte que o contratou. Neste caso, a estratégia mais eficaz é o ataque, que não significa qualquer tipo de inquirição dramática ou teatral. Pelo contrário, significa uma inquirição serena, educada e até simpática. O importante é revelar a falsidade ou incorreção grave do relatório pericial. Basta uma mentira ou incorreção relevante para destruir toda a credibilidade do perito. Quanto mais breve for o ataque, melhor. Deve ser “*direto à jugular*”, sem rodeios.

Neste caso, na *cross-examination* deve procurar-se: a) uma contradição entre o relatório pericial e qualquer outro depoimento do mesmo perito, ou obra publicada (mesmo que coletiva); b) uma incongruência entre a formação/especialidade do perito e o objeto da peritagem; c) uma relação próxima entre o perito e a parte ou advogado da parte contrária; d) o tipo de remuneração acordada entre o perito e a parte que o contratou, nomeadamente se baseada em qualquer tipo de “*success fee*”.

<sup>48</sup> ROBERT S. RIFKIND, in “*Preparing the witness for Cross-Examination*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 142.

<sup>49</sup> JOHN M. TOWNSEND, in “*Crossing the hot tube: examining adverse expert witness in international arbitration*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 161.

Mais difícil é a *cross-examination* de um perito imparcial, mas enganado, por erro próprio ou da parte que o indicou. A experiência aconselha que o estilo não mude, que a inquirição seja feita de forma educada e correta, sem qualquer tipo de irritação ou sarcasmo. Mas, neste caso, não se deve atacar a credibilidade do perito, apenas procurar revelar o engano, criar a dúvida e tentar usar o perito em nosso benefício.

Mas como?

Em primeiro lugar, o advogado deve ser breve e não deve dar “*tempo de antena*” para o perito expor as suas razões e profundos conhecimentos técnicos. Se existir esse risco, o melhor será prescindir da *cross-examination*, que também é uma opção perfeitamente válida.

Em segundo lugar, o advogado deve perguntar ao perito sobre os pressupostos da sua opinião, quem lhos forneceu e como, procurando o erro nos pressupostos fornecidos ao perito<sup>50</sup>. Neste contexto surge ainda a questão, melindrosa e passível de discussão na doutrina e nos tribunais, sobre o dever de revelação dos contactos estabelecidos entre as partes, ou seus advogados, e o perito, incluindo a divulgação dos diferentes projetos de relatórios, e ao qual se pode opor o sigilo profissional no caso em que os contactos sejam entre perito e advogado.

Em terceiro lugar, se existir algum indício de o relatório pericial poder ter sido feito por uma equipa e não apenas pessoalmente pelo perito, deve perguntar ao perito quem fez o estudo, quem escreveu o relatório, qual a formação dessas pessoas e a sua relação com as partes, e finalmente, qual a parte que foi mesmo escrita pelo perito<sup>51</sup>.

Em quarto lugar, o advogado deve procurar que o perito da parte contrária confirme em que é que está de acordo com o perito indicado pela parte que o mesmo representa. Numa perícia, há sempre matérias em que os peritos estão de acordo, normalmente a maioria das matérias, cerca de 99%.

<sup>50</sup> DAVID HAIGH, in “*When to be friendly and when to impeach*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 25: “*Another basic set of questions can arise in relation to the instructions given to the expert and, in particular, what assumptions he was asked to make. If the facts given to the expert or the assumptions he has been asked to make are too narrow or, worse, inaccurate, then the conclusions he has reached may well be flawed*”.

<sup>51</sup> O artigo 5º, nº 2, alínea i) das IBA Rules determina que se o relatório pericial for assinado por mais do que uma pessoa, que seja atribuída a autoria de cada parte específica do relatório a cada uma dessas pessoas.

Em quinto lugar, se não puder fazer mais nada e se o advogado confiar no seu perito, deve promover o confronto direto entre os vários peritos, para tentar que fique esclarecida, a seu favor, a parte (menor) da matéria em discussão. Se se conseguir que seja o Tribunal Arbitral a fazer as perguntas, melhor, pois os árbitros estão sempre mais atentos às respostas às suas perguntas do que às dos advogados. É humano.

Se nada mais puder mesmo fazer, o mínimo aceitável será obter um elogio do perito da parte contrária ao seu próprio perito. Normalmente, esse elogio não é negado (a não ser em caso de animosidade pessoal entre peritos, o que convém verificar antes).

#### **d. Limites da *cross-examination* com ou sem depoimento escrito**

§ 17. Além da economia de meios e de tempo, sobretudo para os árbitros, uma das vantagens normalmente apontadas aos depoimentos escritos é a previsibilidade que confere à prova produzida, em benefício da igualdade das partes. Desta forma, evitam-se surpresas e concede-se às partes o tempo necessário para exercer um efetivo contraditório na inquirição das testemunhas.

Cada parte tem conhecimento atempado do depoimento das testemunhas da outra parte, podendo preparar, com tempo, todas as perguntas que pretende fazer e até as várias hipóteses de inquirição que pode seguir, consoante as respostas que a testemunha for dando.

Sem prévio depoimento escrito, essa vantagem da previsibilidade desaparece. Mas não se pense que se passa para o mundo da capacidade de intuição e de improviso do advogado. Claro que estes podem ser mais importantes neste caso, mas a solução está, como todos sabemos, mais uma vez, na preparação meticulosa e rigorosa e na concentração máxima durante o depoimento.

Desde logo deve evitar-se, em absoluto, qualquer tipo de expressão – negativa ou positiva – sobre o depoimento da testemunha. Depois, há que decidir: inquirir, ou não, pois, por vezes, um “*não quero nada da testemunha*” é muito mais mortal que mil perguntas. Se o advogado optar por inquirir, então deve seguir uma ordem lógica que permita aos árbitros tomar notas adicionais nos mesmos pontos das que tomaram durante a inquirição.

Como se referiu, as questões de facto objeto da prova estão, normalmente, com maior ou menor detalhe, definidas no processo. Mas esta

definição não constitui uma limitação formal e rígida sobre a produção de prova testemunhal na arbitragem, podendo naturalmente as perguntas incidir sobre os factos alegados nos articulados e sobre os respetivos documentos.

Não existindo depoimento escrito, a inquirição começa pelo advogado da parte que indicou a testemunha, seguindo-se a *cross-examination* pelo advogado da outra parte e finalmente, pelo primeiro advogado sobre matérias tratadas na *cross-examination* (artigo 8º, nº 3, das *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*). Existindo depoimento escrito, a outra parte pode requerer a presença da testemunha para proceder à *cross-examination*, tendo a não comparência da testemunha o efeito de desconsideração completa do depoimento escrito, seguindo-se à *cross-examination* a inquirição do advogado que apresentou o depoimento escrito sobre as matérias objeto do *cross-examination* (art. 4.4 e 8.1.)

Tem sido discutida a questão de saber qual pode ser o objeto da *cross-examination*: estará limitada à matéria objeto do depoimento escrito ou presencial da testemunha, ou não haverá qualquer limitação, podendo a testemunha ser questionada sobre toda a matéria dos autos? As alternativas parecem situar-se entre a “*english rule*” (que não impõe tal limitação) e a “*american rule*” (que consagra essa limitação).

As vozes a favor da não-limitação impressionam. Laurence Shore escreve: “*the English rule protests the cross-examiner from witness who has avoided discussing matters in her witness statement that are directly relevant to the case before the tribunal*”<sup>52</sup>.

Mas as vozes a favor da limitação também. Com efeito, Yves Derains defende que “*En faveur d’un contre-interrogatoire limité au seul objet de la déclaration écrite du témoin ou à ce qu’il a ou ajouter oralement a l’occasion d’un interrogatoire direct plus large, on fera remarquer que le contre-interrogatoire vise à permettre à une partie de détruire la preuve que tente d’apporter l’adversaire avec le témoin qu’il présente et non pas de constituer des preuves sur des points sur lesquels elle n’ avait pas annoncé à l’avance qu’elle souhaitait interroger le-témoin. Ce dernier point de vue paraît plus respectueux de l’égalité des parties. Après tout, la partie qui présente le témoin n’est pas autorisée à l’interroger au-delà du cadre de sa déclaration écrite pour que son adversaire ne soit pas pris au’ dépourvu et*

<sup>52</sup> LAURENCE SHORE, in “*Cross-Examination without discovery*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 59.

*puisse préparer, avant l'audience, son contre-interrogatoire. L'inverse doit s'appliquer, en ce que l'auteur du contre-interrogatoire ne devrait pas pouvoir sortir du cadre des déclarations du témoin, écrites ou orales, de façon à ce que son adversaire ne soit pas non plus pris par surprise, sachant qu'il doit procéder immédiatement au re-interrogatoire, toujours limité au contenu du contre-interrogatoire. Seules devraient faire exception questions relatives à la crédibilité du témoin car c'est plus sa personne qui est alors en cause que l'objet de ses déclarations*"<sup>53</sup>.

Também Anne Véronique Shlaepfer entende que “*Obviously the scope of cross-examination cannot be limited in the same way. Otherwise, a party could prevent de opposing party from asking relevant questions by submitting witness statements dealing with side issues only*”<sup>54</sup>.

Em suma, a favor da limitação pesam a igualdade de tratamento, a previsibilidade, a censura de prova feita com surpresa, o “*trial by ambush*”. A favor da não limitação, pesa uma maior liberdade de prova, sem formalismos que impeçam a descoberta da verdade material, obrigando a parte que apresenta a testemunha a correr o risco de sujeitá-la a todas as perguntas que a outra parte e o tribunal entendam relevantes.

No caso de a produção de prova testemunhal ser feita sem depoimentos escritos, mas apenas presenciais, pode fazer mais sentido a limitação do âmbito da *cross-examination*. Qualquer das partes pode indicar as testemunhas que entenda e fazer a primeira inquirição dessas testemunhas, pelo que, se a outra parte quiser ouvir a mesma testemunha sobre outras

<sup>53</sup> YVES DERAIS, in “*La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*”, “*Revue de l'arbitrage*”, 2004, nº 4, p. 799. Tradução: “A favor de um contra-interrogatório limitado ao objecto da declaração escrita da testemunha ou ao que esta pôde acrescentar oralmente na ocasião de um interrogatório directo mais abrangente, alega-se que o contra-interrogatório visa permitir a uma parte de destruir a prova que o adversário tenta fazer com a testemunha que apresenta e não de fazer prova sobre pontos relativamente aos quais a parte não anunciou com antecedência que queria interrogar a testemunha. Este último ponto de vista parece mais respeitador da igualdade das partes. Afinal, a parte que apresenta a testemunha não está autorizada a interrogá-la para além do âmbito da sua declaração escrita de modo a que o seu adversário não seja apanhado de surpresa e possa preparar, antes da audiência, o seu contra-interrogatório. O inverso deve aplicar-se, no sentido em que o autor do contra-interrogatório não deveria poder sair do âmbito das declarações da testemunha, escritas ou orais, de maneira a que o seu adversário também não seja apanhado de surpresa, sabendo que o mesmo tem de proceder imediatamente ao interrogatório de resposta [“re-interrogatoire”], sempre limitado ao conteúdo do contra-interrogatório. Somente as questões relativas à credibilidade da testemunha deveriam constituir excepção, tendo em conta que é então mais a sua pessoa que está em causa do que o objecto das suas declarações.”

<sup>54</sup> In “*Witness statements*”, Dossiers ICC “*Arbitration and oral evidence*”, 2005, p. 72.

matérias, deverá indicar também essa testemunha, que será testemunha comum. É certo que pode ser uma testemunha hostil e, no limite, nem sequer comparecer, mas essa é outra questão, sendo o resultado igual para ambas as partes. Se a testemunha comparece, terá que ser ouvida como testemunha comum se for indicada pelas duas partes. Se não comparece, não é inquirida por nenhuma delas, sem prejuízo das soluções previstas para assegurar a inquirição de testemunhas que revelam dificuldades de colaboração voluntária com os tribunais arbitrais (artigo 38º da Lei da Arbitragem Voluntária).

Se a produção da prova testemunhal for feita através de depoimento escrito, a questão é mais complexa. Ambas as partes podem indicar a testemunha e se ambas conseguirem obter depoimentos escritos, em condições de igualdade, as *cross-examinations* recíprocas devem ter por objeto os depoimentos escritos. Ou seja, deve existir limitação.

Provavelmente, porém, a situação mais comum será a de uma das partes ter maior facilidade de acesso à testemunha que a outra, estando, por isso, numa posição privilegiada para conseguir depoimento escrito mais completo e esclarecedor sobre a matéria que lhe é favorável. Pense-se, por exemplo, no caso de uma testemunha que é o Diretor-geral da Demandante. Naturalmente, a Demandante e os seus advogados terão mais facilidade na preparação do depoimento escrito dessa testemunha que a parte contrária. Nesse caso, a igualdade de tratamento e o objeto da descoberta da verdade impõem que a parte contrária possa inquirir a testemunha, que também indicou, sobre matérias que não constam do depoimento escrito, sem limitação. Seja em *cross-examination* ou inquirição direta, o importante é que o possa fazer livremente.

A este propósito, importa ter sempre presente que o contacto entre um advogado e a testemunha indicada pela outra parte (e que aquele advogado, apenas pelas razões estratégicas referidas, pode também indicar como testemunha comum) é restringido por força da proibição de contacto entre o advogado e a outra parte consagrada nos códigos deontológicos da profissão, quer por aplicação directa (quando estão em causa os representantes da outra parte, ou até os seus funcionários), quer por analogia, como defende alguma doutrina<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> HANS VAN HOUTTE, in “*Counsel-witness relations and professional misconduct in civil law systems*”, Dossiers ICC “*Arbitration and oral evidence*”, 2005, pp. 109-110.



Em Portugal, o artigo 112º, nº 1, alínea e), do Estatuto da Ordem dos Advogados, impõe como dever do advogado “*Não contactar a parte contrária que esteja representada por advogado, salvo se previamente autorizado por este, ou se tal for indispensável, por imposição legal ou contratual*”. Também o artigo 5.5 do Código de Conduta do Advogado Europeu impede o advogado de “*contactar directamente uma pessoa que saiba encontrar-se representada ou assistida por um outro advogado, sobre determinado assunto, sem o consentimento deste (e, neste caso, deve manter o colega informado sobre os contactos que ocorrerem)*”.

### **e. Cross-examination de testemunhas hostis?**

§ 18. Uma testemunha hostil, sobretudo se for inteligente, é o maior desafio para um advogado de contencioso e arbitragem. A má notícia é que não há nenhuma receita eficaz para se vencer esse desafio. Como disse Robert S. Rifkind<sup>56</sup> é como tentar escrever um manual que ensine a andar de bicicleta.

A este respeito, apenas três notas breves:

A primeira nota respeita à importância do Tribunal Arbitral, numa arbitragem “*multicultural*”, assegurar a igualdade das partes, não permitindo que o estilo mais agressivo de *cross-examination* dos advogados de *common law* em relação às testemunhas hostis constitua uma vantagem indevida sobre os advogados de *civil law*, habituados a um estilo de inquirição mais suave<sup>57</sup>. Mais uma vez, importa encontrar um ponto de equilíbrio, porque a limitação da actuação do advogado de *common law* relativamente à prática a que está habituado pode introduzir, por si só, um factor de desigualdade no processo.

Em segundo lugar, como sabemos, a atitude do advogado deve realmente mudar, consoante a natureza do Tribunal. Como um ator perante o seu público. Os próprios juízes do foro judicial tendem cada vez mais a proteger as testemunhas de uma inquirição agressiva. Um tribunal arbitral, então, dificilmente a suporta. Sobretudo se o tribunal arbitral for mais “*académico*” e menos habituado às práticas do foro. Perante uma

<sup>56</sup> ROBERT RIFKIND, in “*Arbitration and Oral Evidence*”, “*Practices of the horseshed*” da “*ICC – The world business organization*”, 2005, p. 61.

<sup>57</sup> FABIO BORTOLOTTI, “*La preuve par témoins vue par l’arbitre international*”, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 134 e 135.

testemunha hostil, como escreveu John M. Townsend, deve seguir-se a regra de inquirir “*sentado, sempre simpático e a sorrir*”<sup>58</sup>.

Na vida real, não há momentos “*à Perry Mason*”, em que o grande advogado conseguia revelar, na inquirição, que a testemunha hostil afinal era o verdadeiro criminoso. Não vale a pena sonhar com isso. O melhor que um advogado pode esperar retirar de uma testemunha hostil é revelar alguma contradição grave que abale a sua credibilidade: basta uma contradição relevante. E, no mínimo, expor a sua parcialidade, nomeadamente pela diferença de atitude que revelar em relação à inquirição feita pelo advogado da outra parte. Se a testemunha quiser ser hostil, deixá-la ser. E quanto mais melhor.

Finalmente, em terceiro lugar, se a testemunha hostil estiver realmente a faltar à verdade e se o advogado tiver provas claras disso, o advogado não deve temer revelar completamente esse facto ao Tribunal Arbitral, procurando fazê-lo da forma mais cordata possível.

#### **f. Crime de falsidade de testemunho?**

§ 19. A propósito deste tema, há um ponto sobre o qual importa igualmente refletir: pratica um crime a testemunha que presta um depoimento falso numa arbitragem realizada em Portugal? E tem alguma relevância para a resposta o facto de a testemunha prestar ou não juramento perante o Tribunal Arbitral?

Em Portugal, pelo menos face ao disposto no artigo 38º, nº 1, da Lei da Arbitragem Voluntária, a testemunha que não compareça perante o Tribunal Arbitral, pode ser obrigada a depor perante o tribunal estatual, a pedido da parte e com a prévia autorização do Tribunal Arbitral.

A Lei da Arbitragem Voluntária não prevê que a testemunha preste juramento perante o Tribunal Arbitral – e não existe uma prática uniforme na arbitragem nacional e internacional quanto a este aspecto – mas se a testemunha, no âmbito de um processo arbitral, for obrigada a depor perante o Tribunal Estadual, terá que prestar juramento nos termos dos artigos 459º e 513º do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> JOHN M. TOWNSEND, “*Crossing the hot tube: examining adverse expert witness in international arbitration*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 162.

<sup>59</sup> O artigo 513º do Código de Processo Civil, sobre a prova testemunhal, determina que o juiz observe o artigo 459º: “1 – *Antes de começar o depoimento, o tribunal faz sentir ao depoente a*

Acontece que, em Portugal, a testemunha que num processo arbitral preste um depoimento falso – com ou sem juramento – pode incorrer na prática de um *crime de falsidade de testemunho*, previsto e punido no artigo 360º, nº 1, do Código Penal, com pena de seis meses a três anos de prisão ou pena de multa não inferior a 60 dias. Mas, caso tenha prestado juramento antes do falso depoimento e sido “*advertido das consequências penais a que se expõe*”, a pena pode ser de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.

Na verdade, nos termos do artigo 360º, nº 1, do Código Penal, pratica o crime de falsidade de testemunho “*quem, como testemunha, perito, técnico, tradutor ou intérprete, perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsos*”.

Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais (artigo 209º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa), pelo que tal crime pode ser praticado quer perante um tribunal estadual, quer um tribunal arbitral.

Assim, a boa prática deverá ser a de exigir à testemunha que confirme que deporá com verdade e “*de que está ciente que o testemunho falso acarretará consequências penais*”<sup>60</sup>. Existindo depoimento escrito, o mesmo deve ser pedido à testemunha que confirme quando o escrever e assinar e, se tal não for feito, deve ser a primeira coisa que o Tribunal Arbitral deve exigir da testemunha quando esta iniciar o depoimento presencial.

Na tradição da arbitragem internacional e também na nacional – tanto quanto a conhecemos – não existe uma prática uniforme sobre o juramento da testemunha. Há situações em que os árbitros exigem um juramento solene, mas boa parte dos árbitros não exige tal juramento, impondo, porém, que a testemunha se comprometa a responder com verdade<sup>61</sup>. Provavelmente, os árbitros sentem que não têm os poderes

*importância moral do juramento que vai prestar e o dever de ser fiel à verdade, advertindo-o ainda das sanções aplicáveis às falsas declarações.*

2 – *Em seguida, o tribunal exige que o depoente preste o seguinte juramento: «Juro pela minha honra que hei de dizer toda a verdade e só a verdade».*

3 – *A recusa a prestar o juramento equivale à recusa a depor.*”

<sup>60</sup> JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “*Produção de Prova*”, Setembro de 2008, disponível em [www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com)”, p. 39.

<sup>61</sup> Numa arbitragem recente em Portugal, um experiente árbitro presidente português usou sempre sensivelmente a mesma fórmula no início do depoimento de cada testemunha: “*Informo que tem o dever de colaborar com a realização da justiça. Um tribunal arbitral, do ponto de*

necessários para receber o juramento. Se não têm esses poderes, terão certamente o de exigir à testemunha que confirme que depõe com a verdade e de que “*está ciente que o testemunho falso acarretará consequências penais.*” É suficiente.

**g. Limites do advogado na *cross-examination*: Tudo é permitido? Quando deve o tribunal interferir?**

§ 20. A inquirição das testemunhas (ou peritos) é um momento crucial e de confronto, em que o advogado procura obter da testemunha uma prova dos factos que ela nem sempre consegue ou pretende fornecer.

A tensão que se vive nesses momentos pode levar a excessos – de parte a parte – de linguagem e de atitude. Compete ao advogado saber controlar essa atitude e evitar os excessos. O advogado é profissional do foro, a testemunha, por regra, não.

Se um excesso for cometido pelo advogado, o Tribunal Arbitral só deve intervir, se entender que esse excesso está a perturbar a testemunha, impedindo-a de depor com verdade.

Esta intervenção deve ser excecional, sendo sempre preferível que seja feita com subtilidade – assumindo temporariamente a inquirição ou impondo um intervalo – do que de uma forma ostensiva. Naturalmente, não deve ser feito qualquer tipo de repreensão do advogado em frente da testemunha.

Também o advogado da parte que apresenta a testemunha deve, nessas circunstâncias, resistir à tentação de defender a testemunha. Ou esta se defende sozinha, ou o Tribunal Arbitral certamente a defenderá, com mais sucesso.

§ 21. O advogado português que atue numa arbitragem em Portugal ou no estrangeiro – ou o advogado estrangeiro que atue numa arbitragem em Portugal, desde que as suas próprias regras deontológicas mandem aplicar as regras do local da arbitragem – está sujeito a um *dever geral de urbanidade*, também relativamente às testemunhas: “*No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas,*

*vista dos seus poderes, na definição da situação das partes, é igual ao tribunal judicial. O que significa que o dever de colaboração dos cidadãos com os tribunais arbitrais é exatamente igual ao dever de colaboração com um tribunal judicial. E, portanto, o dever de colaborar dizendo a verdade é exatamente igual ao de perante um tribunal judicial. Está disponível para colaborar, nestes termos, dizendo a verdade?*”.

*magistrados, árbitros, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos, e ainda funcionários judiciais, notariais, das conservatórias, outras repartições ou entidades públicas ou privadas*” (artigo 95º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

Este dever de atuar com urbanidade e correção deve, porém, ser cumprido “*sem prejuízo do dever de defender adequadamente os interesses do seu cliente*” (artigo 110º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

Cada advogado, em cada momento, terá que encontrar o equilíbrio entre estes dois deveres.

Se isso não for possível, uma intervenção subtil do Tribunal Arbitral resolve o problema. Normalmente, de forma mais fácil que num Tribunal Estadual. Esta é também uma vantagem da arbitragem.

§ 22. É comum a prática, perfeitamente normal, do Tribunal Arbitral intervir questionando diretamente as testemunhas e os peritos. A única questão que se coloca é a de saber quando e como deve ser feita essa intervenção.

Por regra, os advogados preferem não ser interrompidos pelo Tribunal Arbitral, quando estão a seguir o seu guião de inquirição da testemunha, preparado com tempo e cuidado, preferindo que as questões sejam colocadas pelo Tribunal Arbitral apenas no final da inquirição<sup>62</sup>. No entanto, se essa interrupção for oportuna e bem intencionada, como normalmente acontece, o advogado deve facilitar essa intervenção, pois pode inclusive dar-lhe sinais importantes sobre o que realmente preocupa o Tribunal Arbitral<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> FABIO BORTOLOTTI, in “*La preuve par témoins vue par l’arbitre international*”, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 136: “*L’arbitre laissera normalment les avocats libres de proceder à l’interrogatoire des témoins en se réservant d’intervenir à la fin. Toutefois, il devra pouvoir interrompre l’interrogatoire direct ou le contre-interrogatoire lorsqu’il s’aperçoit que certains aspects importants sont laissés dans l’ombre ou lorsqu’il croit apercevoir des malentendus.*”

<sup>63</sup> RICHARD KREINDLER, in “*Cross-Examination against the clock*”, “*Take the witness: Cross-Examination in International Arbitration*”, 2010, p. 122 e 123: “*The manner of questioning – some might say interrogation or inquisition – by the tribunal may thus have a material effect on the chess clock time still available for counsel. In this respect, while counsel appreciates not having its cross-examination usurped by the tribunal, it is largely undesirable for the tribunal to remain taciturn and not give any indication whatsoever of which questions truly preoccupy it. Counsel should therefore welcome, not resent, the well placed question which interrupts a meticulously prepared and timed cross-examination. And the tribunal should not hesitate to interrupt a cross-examination which appears to be unnecessarily*

O advogado não deve temer um Tribunal Arbitral que usurpe as suas funções, mas antes um Tribunal Arbitral silencioso e taciturno.

O importante é que as questões do Tribunal Arbitral não ponham em causa o direito das partes a um processo justo e com igual tratamento. Se isso acontecer – sobretudo caso sejam formuladas perguntas tendenciosas ou conclusivas por parte de algum árbitro, eventualmente de um “*árbitro de parte*” como lamentavelmente ainda acontece em Portugal – é dever do advogado interpelar o Tribunal Arbitral, de forma reservada, cordata e respeitosa, mas firme.

Finalmente, importa ter presente que sempre que alguma das partes, por si, ou através dos seus mandatários, não atua de boa-fé no processo arbitral, nomeadamente na fase da produção de prova, o Tribunal Arbitral pode e deve, na sentença arbitral, condenar uma das partes a compensar a outra por uma parte ou até a totalidade dos custos suportados por causa dessa forma de atuação imprópria (artigo 42º, nº 5 da Lei da Arbitragem Voluntária e artigo 9º, nº 7 das IBA Rules).

### III. CONCLUSÕES

- I. Qual o papel do advogado na “preparação” das testemunhas: na elaboração do depoimento escrito e na preparação para uma *cross-examination*?
  1. Numa arbitragem internacional, com partes e advogados de diferentes nacionalidades e culturas jurídicas, sujeitos a diferentes regras deontológicas, nomeadamente sobre a intervenção dos advogados na preparação e, sobretudo, no treino (“*coaching*”) das

*time-consuming, hostile, unfocused, repetitive or irrelevant. By so doing, the tribunal is theoretically indirectly giving an advantage to the unfocused counsel who otherwise would have used up – wasted – further time from his chess clock allotment. But at the same time, the tribunal is availing itself of its general right to structure the taking of evidence as it sees fit and to be in control of the hearing at all times. There should normally be no unacceptable tension between the two, and normally no threat to the interrupted party’s right to due process and equal treatment. On the contrary, counsel who is interrupted and refocused by a well-prepared tribunal can be grateful that he received guidance in this fashion. Of course, the way the tribunal makes such interruptions or asks for such refocusing is an art and not a science. It need be done with sensitivity and equality in mind”; C. MARK BAKER, in “Take the witness: The effective use of a powerful evidentiary tool”, p.155: “When necessary, the panel should of course seek clarifications of certain points, but should not attempt to take over the questioning from the beginning. Doing so could jeopardize counsel’s ability to present the case properly and important issues may get lost as the panel interferes with the process”.*

testemunhas e dos peritos – treino genericamente permitido nos sistemas de *common law* e proibido nos sistemas de *civil law* – é crucial assegurar um processo justo e a igualdade de tratamento das partes, sob pena de poder estar em risco a validade da decisão arbitral.

2. A solução tem evoluído no sentido de um consenso em torno da ideia de que a potencial situação de desigualdade entre advogados e partes deve ser acautelada através da definição, pelas partes ou pelo tribunal arbitral, de regras processuais em matéria de contacto e preparação de testemunhas e peritos, aplicáveis a todas as partes em litígio, limitando as permissões e, quando possível, flexibilizando as proibições.
3. É possível detetar, a nível europeu (França, Bélgica e Suíça), um movimento de abertura dos códigos deontológicos nacionais à consagração de uma regra *específica* para a prática da arbitragem internacional, permitindo aos advogados a preparação de testemunhas nos processos arbitrais, sobretudo a nível transnacional, com uma amplitude superior à permitida em processos que decorrem no plano interno.
4. Para esta abertura contribuiu ainda a consagração, pela IBA, da expressa permissão de contacto entre advogado e testemunha, que pode ter como finalidade *discutir* o futuro depoimento da testemunha.
5. Em Portugal, assistiu-se, no início deste novo século, a uma importante mudança no entendimento até então predominante, no sentido de que “*as conversações entre o advogado e a testemunha*” são ilícitas se forem prejudiciais para a descoberta da verdade, mas são admissíveis “*desde que delas não resulte qualquer alteração do futuro depoimento*” da testemunha (Decisão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, de 18.02.2000, que deu origem, em 2005, ao artigo 104º do Estatuto da Ordem dos Advogados – actual artigo 109º – que permite contacto entre o advogado e a testemunha ou o perito, mas proíbe que esse contacto tenha por fim a instrução da testemunha ou perito, alterando a verdade do depoimento.
6. Neste novo contexto, entendemos conforme com as regras deontológicas atualmente aplicáveis a prática de um advogado português que, numa arbitragem doméstica ou internacional: reúne



com a testemunha, ou pessoa que pode vir a ser testemunha, com vista à recolha de informações e documentos relevantes para a defesa do interesse do cliente, nomeadamente com vista à elaboração de articulados; participa na elaboração do depoimento escrito da testemunha, revendo o depoimento escrito pela testemunha ou redigindo o depoimento que lhe é transmitido pela testemunha; explica à testemunha o procedimento da inquirição, dá-lhe os conselhos sobre como se deve comportar na inquirição, informa a testemunha sobre os temas que vão ser objeto da inquirição, sobre as questões que prevê que lhe vão ser colocadas e exhibe-lhe os documentos relevantes do processo para a sua inquirição.

7. Existe, porém, um limite absolutamente intransponível, sob pena de responsabilidade disciplinar por violação do artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados: o advogado não pode alterar ou falsear o depoimento da testemunha, influenciá-la para alterar o seu depoimento contra a verdade, diferente da memória que a testemunha tem dos factos.
8. Assim sendo, entendemos contrário às regras deontológicas aplicáveis aos advogados portugueses o treino (“*coaching*”) da testemunha, no qual se incluem práticas como a sugestão de resposta, ensaio de respostas e/ou ensaios de inquirição da testemunha até obtenção de respostas satisfatórias.
9. Sendo aplicável a Lei da Arbitragem Voluntária, Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro, o processo arbitral e as regras processuais definidas pelas partes ou pelo Tribunal devem necessariamente respeitar o princípio fundamental do tratamento das partes com igualdade (artigo 30º, nº 1, alínea b), da Lei da Arbitragem Voluntária), o que só sucederá se todos os advogados de todas as partes tiverem impostas as mesmas regras no que respeita à sua relação com as testemunhas e peritos.
10. A sentença arbitral poderá ser impugnada, nos termos do artigo 46º, nº 3, alínea a), subalínea ii), da Lei da Arbitragem Voluntária, se for violado o princípio do tratamento igual das partes e essa violação tenha tido uma “*influência decisiva na resolução do litígio*” e, bem assim, se se entender que as regras imperativas sobre a atuação dos advogados, nomeadamente no que respeita à produção de prova, incluindo o contacto e a preparação das testemunhas,

integram a ordem pública (internacional) do Estado português (cfr. artigo 46º, nº 3, alínea b), subalínea ii), da Lei da Arbitragem Voluntária).

- II. Qual o papel do advogado na *cross-examination* de testemunhas e peritos indicados pela outra parte? Algumas questões.
11. O encontro de culturas jurídicas distintas, de *common-law* e *civil law*, promovido pela arbitragem internacional estimulou a criação de soluções inovadoras e originais para o processo arbitral, nomeadamente sobre a produção de prova testemunhal e pericial, sempre orientadas para o objetivo de a decisão arbitral ser tomada num prazo razoável, o mais curto possível, reduzindo as formalidades e os expedientes dilatórios, e promovendo a simplificação de procedimentos e o efetivo apuramento de factos essenciais da causa.
  12. São exemplo dessas soluções a definição sintética e abrangente de apenas algumas grandes questões de facto a submeter à prova; a promoção dos depoimentos escritos das testemunhas, que são apenas submetidas à inquirição do mandatário da parte contrária (*cross-examination*), se este o requerer; a admissibilidade do depoimento de administradores ou gerentes das sociedades sem finalidade e efeito de confissão, alargando o conceito de testemunha; a limitação dos tempos de inquirição das testemunhas pelos mandatários das partes; e a preferência pelas testemunhas-perito em detrimento da peritagem colegial.
  13. Tem sido discutida a questão de saber qual pode ser o objeto da *cross-examination*: apenas limitada à matéria objeto do depoimento escrito ou presencial da testemunha, ou, sem qualquer limitação, toda a matéria dos autos? As alternativas parecem situar-se entre a “*english rule*” (que não impõe tal limitação) e a “*american rule*” (que consagra essa limitação).
  14. A favor da limitação, pesam a igualdade de tratamento, a previsibilidade, a censura de prova feita com surpresa, com “*emboscada*”. A favor da não limitação, pesa uma maior liberdade de prova, sem formalismos que impeçam a descoberta da verdade material, obrigando a parte que apresenta a testemunha a correr o risco de sujeitá-la a todas as perguntas que a outra parte o tribunal entendam relevantes.

15. Entendemos que, por regra, caso a prova seja produzida sem depoimento escrito, o *cross examination* deve estar limitado ao objecto do *direct-examination*, pois se a parte pretender inquirir a testemunha sobre outra matéria deve indicá-la como testemunha comum; caso a prova seja produzida com depoimento escrito, também deve operar a limitação do objecto *cross-examination*, com uma excepção relevante que pode ser, afinal, uma situação comum: a limitação não pode operar se uma das partes tiver manifestamente maior facilidade de acesso à testemunha que a outra, estando, por isso, numa posição privilegiada para conseguir depoimento escrito mais completo e esclarecedor sobre a matéria que lhe é favorável, caso em que a igualdade de tratamento e o objeto da descoberta da verdade impõem que a parte contrária possa inquirir livremente a testemunha, que também indicou, sobre matérias que não constam do depoimento escrito, sem limitação. Seja em *cross-examination* ou *direct-examination* (por ausência de um verdadeiro e completo depoimento escrito sobre a matéria pedida pela parte inquiridora), o importante é que o possa fazer livremente.
16. Em Portugal, a testemunha que num processo arbitral preste um depoimento falso – com ou sem juramento – pode incorrer na prática de um *crime de falsidade de testemunho*, previsto e punido no artigo 360º, nº 1, do Código Penal, com pena de seis meses a três anos de prisão ou pena de multa não inferior a 60 dias. Mas, caso tenha prestado juramento antes do falso depoimento e sido “*advertido das consequências penais a que se expõe*”, a pena pode ser de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.
17. Assim, a boa prática deverá ser a de exigir à testemunha que confirme que deporá com verdade e “*de que está ciente que o testemunho falso acarretará consequências penais*”. Existindo depoimento escrito, o mesmo deve ser pedido à testemunha que confirme quando o escrever e assinar e, se tal não for feito, deve ser a primeira coisa que o Tribunal Arbitral deve exigir da testemunha quando esta iniciar o depoimento presencial.