

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO/DOCTORADO EM DIREITO
A DESCOBERTA E A OBTENÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL: breve abordagem nos sistemas de *commow law* e *civil law*

JOÃO MATEUS BORGES DA SILVEIRA

A DESCOBERTA E A OBTENÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL: breve abordagem nos sistemas de *commow law* e *civil law*

Lisboa

2015

LISTA DE ABREVIATURAS

AAA – *American Arbitration Association* (Associação Americana de Arbitragem)

AAA ICDR – *International Centre for Dispute Resolution and American Arbitration Association International* (Centro Internacional para Resolução de Disputas e Associação de Arbitragem Internacional Americana)

Art – Artigo

DIS – *Deutsche Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit* (Instituição Alemã de Arbitragem)

EUA – Estados Unidos da América

IBA – *International Bar Association* (Associação Internacional da Ordem dos Advogados)

IBA Rules of Evidente – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Regras da IBA relativas à obtenção de provas em Arbitragem Internacional)

ICC – *International Court of Arbitration* (Corte Internacional de Arbitragem)

ICDR Guidelines – *International Center for Dispute Resolution Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information* (2008) (Diretrizes do Centro Internacional para Resolução de Disputas para Árbitros aplicáveis às trocas de informação (2008))

LCIA – *The London Court of International Arbitration* (Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres)

NEW YORK CONVENTION – *Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras)

SCC – *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo)

VIENNA RULES – *Rules of Arbitration and Conciliation of the international Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber* (Regras de Arbitragem e Conciliação do Centro Arbitral Internacional da Câmara Económica Federal Austríaca)

A DESCOBERTA E A OBTENÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL: breve abordagem nos sistemas de *commow law* e *civil la*

João Mateus Borges da Silveira¹

Ruben Bahamonde²

Resumo: É de conhecimento público e notório a importância da arbitragem nas transações internacionais comerciais. Por meio do referido instrumento jurídico são solucionados eventuais litígios decorrentes dessas transações, fornecendo uma alternativa de litígio de execução vinculativa às partes, com possibilidade de execução pelos tribunais nacionais. A aplicação da arbitragem internacional pode ocasionar certas questões processuais judiciais que têm um âmbito diferente quando comparado com os costumes das partes que são provenientes de países com uma tradição de *commow law* ou de *civil law*. Uma questão processual típica relacionada refere-se a documentar, descobrir ou produzir documentos. O presente artigo examina a área de alcance dessa questão. Objetiva-se esclarecer o âmbito da descoberta e produção de provas em arbitragem internacional e examinar os fatores que contribuem para colaborar na solução dessas questões relacionadas com a documentação e/ou descoberta de provas. Destacar-se-á a diferenciação da sua aplicação no sistema jurídico *commow law*, característico de países como EUA e Inglaterra e no *civil law*, a exemplo dos Brasil e Portugal.

Palavras-chave: Arbitragem; internacional; descoberta; obtenção; *commow law*; *civil law*.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, transações internacionais comerciais e diferentes arranjos contratuais tem aumentado conjuntamente com a tendência geral de globalização. É por esse motivo que as desavenças comerciais transfronteiriças são hoje inevitáveis. Em vez de ser resolvido em tribunais nacionais, essas disputas comerciais internacionais são muitas vezes abordadas por meio de arbitragem privada, que fornece uma alternativa de litígio de execução vinculativa às partes, com possibilidade de execução pelos tribunais nacionais³. Um acordo cuidadosamente preparado de convenção de arbitragem ou cláusula compromissória é considerado um pré-requisito de arbitragem eficaz, porque sem uma cláusula compromissória

¹Discente do Curso de Mestrado em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado. Email: jm@bbadvocacia.com.br. Master of Law in International Law pela University of California, Davis.

²Docente da disciplina Processo Civil do Curso de Mestrado em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa.

³Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 309; Lew - Mi.He/is -Kroll 2003, p. 1-5; e Fouchard – Gaillard - Goldman 1999, iv, p.1-2.

de arbitragem válida, inválida seria eventual arbitragem, a não ser que tal arbitragem seja previamente e livremente acordada entre as partes⁴.

As grandes vantagens da arbitragem internacional são as resoluções das enormes disputas comerciais internacionais, geralmente considerada desde que tecnicamente bem acordada: em primeiro lugar (i) a neutralidade da arbitragem, porque não estaria diretamente ligado a uma cultura de um estado único ou judicial mais familiar para determinada parte; segundo (ii) a flexibilidade do processo arbitral; (iii) a possibilidade de procedimento confidencial; quarta (iv) a capacidade de usar árbitros que são especialistas em um campo específico de conhecimento; e (v) o fato de que os tribunais arbitrais podem dar uma resolução vinculativa e final que é amplamente reconhecida e exequível internacionalmente⁵.

Arbitragem internacional pode dar origem a certas questões processuais judiciais que têm um âmbito diferente quando comparado com os costumes das partes que são provenientes de países com uma tradição de *common law* ou de *civil law*. Uma questão processual típica atinente à arbitragem internacional refere-se a documentar, descobrir ou a produzir documentos⁶. Este artigo examina a área de alcance dessa questão.

Prova escrita é geralmente muito significativa em arbitragem internacional, uma vez que o tribunal arbitral avalia assuntos controvertidos. Testemunhas não podem ser questionadas sob juramento em arbitragem ao contrário de procedimentos em tribunais nacionais, e prova escrita fornece uma possibilidade mais flexível, mais eficaz e mais barata para avaliar a prova em litígios transfronteiriços. Além disso, é habitual em arbitragem internacional que os fundamentos e provas para as alegações de uma parte já estejam desde o início do processo apresentado na forma mais abrangente. Por isso a importância de provas escritas é enfático quando se trata de arbitragem internacional⁷.

Assim, em geral, as partes em arbitragem internacional produzem os documentos em que pretendem invocar no momento da petição de apresentação de suas reivindicações (reclamações)⁸. No entanto, quando um lado precisa de documentos para provar seus fatos (seja

⁴ Tradução livre dos autores New York Convention Article II e V(1)(c); Redfern Hunter 2009, p. 85; Berger 2009, p. 308 - 311; Lew - Mistelis -Kroll 2003, p. 165; Weigand 2002, p. 15-16; Craig - Park - Paulsson 2000, p. 127-128; Varady- Barcelo - von Mehren 1999, p. 83; e Coe 1997, p. 55-56.

⁵ Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 307; e Lew - Mistelis -Kroll 2003, p. 5-8.

⁶ Tradução livre do autor Redfern -Hunter 2009, p. 393, nota de rodapé 65.

⁷ Tradução livre dos autores e.g. Lew 2009, p. 15; Miles -Schwarz 2003, p. 3; Raeschke-Kessler 2002, p. iv.

⁸ Tradução livre dos autores AAA I CDR Art. 19 (1), ICC Art. 20(2), LCIA Art. 27(1), UNCITRAL Arbitration Rules Art. 27(1) assim como Reed - Hancock 2009, p. 339; e Lew -Miste/ls -Kroll 2003, p. 560.

nas reclamações ou defesas) e esses documentos estão na posse, custódia ou controle da parte adversa e são desfavoráveis para esta parte, podem surgir problemas. Em tal situação, se as partes vêm de diferentes tradições jurídicas, por exemplo de países com tradições do *civil law* (civil ou romano, a exemplo do Brasil e Portugal) e do direito consuetudinário (*common law*, a exemplo da Inglaterra e Estados Unidos da América), os procedimentos podem vir a ser consideravelmente imprevisíveis se as principais regras relativas à descoberta de documentos não restarem claras.

Durante as últimas décadas certos padrões internacionalmente aceitáveis têm sido desenvolvidos, a fim de solucionar os problemas da produção de documentos em arbitragem internacional. Os padrões mais notáveis foram estabelecidas pela *International Bar Association* (IBA), associação de advogados internacionais. Considerando o significado prático das provas escritas, a recente prática jurídica na arbitragem internacional quanto a descoberta de provas e as atualizações feitas para as normas da IBA, o tema abordado é bastante atual e relevante à luz da prática de arbitragem internacional.

O objetivo deste artigo é esclarecer o âmbito da descoberta de documentos e produção de produção de provas em arbitragem internacional e examinar os fatores que contribuem para ajudar a resolver as questões relacionadas com a documentação e/ou descoberta de provas. O objetivo é dar uma visão geral do assunto através de métodos tradicionais e jurisprudenciais, fazendo uso da lei prática comparativa.

O objeto, neste contexto, são as questões essenciais processuais relativas à arbitragem internacional. As fontes deste estudo são principalmente as convenções e regras em matéria de arbitragem internacional⁹, regras de determinados institutos de arbitragem reconhecidos¹⁰ *Ad hoc* (regras de arbitragem)¹¹, e as leis de arbitragem diferentes países e da prática jurídica em matéria de arbitragem internacional. A fim de cumprir o propósito deste

⁹ Entre outros UNCITRAL modelo da lei, regras da IBA sobre obtenção de provas e Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

¹⁰ Arbitragem institucional é o caso quando a resolução de litígios ocorre de acordo com as regras de um determinado Instituto de arbitragem e em virtude da administração e controle pelo Instituto de Arbitragem, por exemplo, em questões tais como: a critério dos institutos de arbitragem relativos ao número e escolha dos árbitros (AAA ICDR Arts. 5 e 6, DIS A11S. 2 (3), 12 (1-2) e 13 (2), ICC Arts. 8 e 9, 5-10 AICV Arts., SCC Art. 13 e Viena regras Art. 14 (2-5)), investigar e resolver eventuais reclamações de desqualificação (AAA ICDR Arts. janeiro 07-01, DIS Arts. 16-18, ICC Arts. janeiro 01-12, AICV Arts. Eu 0-1 1 SCC, Arts. 15-17 e Regras de Viena Arts. 16-18), a recolhimento de custas e garantias de pagamentos (AAA CIRD Art. 33, Art DIS 25., ICC Art. 30, LCIA Art. 24, Art. 45 SCC e Regras de Viena Art. 34 (2 e 6/4) e decidir sobre os honorários do árbitro e verificar o laudo arbitral antes de os árbitros assiná-lo (ICC Art. 25).

¹¹ *Ad hoc* arbitration ocorre sem a administração e controle de um instituto de arbitragem acima mencionado. Isso dá mais poder para as partes para organizar a arbitragem, ver e.g. Lew - Mistelis -Kroll 2003, 3- 10; Born 2001, p.1 1-12; and Rubino-Sammartano 2001, p. 4.

artigo, e em se tratando de arbitragens oriundas de negócios internacionais, a literatura jurídica e prática jurídica que são invocadas são principalmente em inglês, com comparativos da ocorrência no Brasil e em Portugal.

A estrutura deste trabalho está dividida em quatro partes. Depois do primeiro capítulo introdutório, no segundo capítulo são examinadas as possibilidades de descoberta de documentos em arbitragem internacional. No terceiro capítulo deve-se clarificar o papel dos tribunais nacionais na resolução do problema da descoberta de documentos em arbitragem internacional. Finalmente, no quarto capítulo compreenderá apresentar certas conclusões ou recomendações relativas à aplicabilidade e resolução da questão da descoberta documentos.

2. DESCOBERTA DE DOCUMENTOS E PEDIDO PARA PRODUZI-LOS NA ARBITRAGEM SOB AS REGRAS E LEIS DA ARBITRAGEM

2.1 Raízes e definição da obtenção (*discovery*) de provas

A obtenção (*discovery*) de provas tem um papel importante nos processos judiciais em países de *commow law*, especialmente nos EUA, quando as partes estão buscando a verdade em uma disputa. Tradicionalmente, a descoberta ocorre no início de um procedimento contencioso, que também é chamado “*pre-trial discovery*”. O propósito da descoberta de documentos nos EUA é que as partes em litígio são obrigadas a divulgar entre si todos os documentos que possam ser relevantes e não privilegiados, quer em apoio ou contra a posição da parte adversa, se o documentos solicitados estão em sua posse, custódia ou controle, para garantir que todos os fatos estão expostos antes de serem realizadas as audiências orais (*hearings*).¹² As atuais regras de contencioso dos EUA no que se refere a descoberta podem ser encontradas no Capítulo V das Regras Federais de Processo Civil de 2008 (*Chapter V of the Federal Rules of Civil Procedure from 2008*), que abrangem as deposições (coleta de provas testemunhais), bem como a genérica obtenção de provas (*discovery*)¹³.

¹²Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 589; e Reed - Hancock 2009, p. 343.

¹³Tradução livre do autor Rule 26 (b)(1); Rule 34. Produzir documentos, informações eletronicamente armazenadas e coisas tangíveis, ou entrar em terra, para inspeção e outros fins; e do artigo 37. Não comunicação ou cooperar na descoberta; Sanções.

No entanto, é reconhecido na prática de arbitragem internacional que regras de processo civil nacional não se aplicam à arbitragem no estilo da produção de prova estadunidense¹⁴. Ainda de acordo com a atual Lei de Arbitragem Norte Americana, a descoberta tem um alcance limitado na arbitragem quando se compara a produção de prova no litígio judicial.

Insta suscitar que a produção de prova até então referida é ampla, incluindo documentos tradicionais em papel, bem como todos os outros itens produzidos pela tecnologia moderna, tais como *e-mails*, bancos de dados de computador ou mensagens de voz. Este ponto de vista também foi adotado recentemente em regras de arbitragem internacionais, por exemplo, as Regras de Evidência da International Bar Association (*IBA Rules of Evidence*) e Lei Modelo da UNCITRAL (*UNCITRAL Model Law*)¹⁵.

2.2 Regras de arbitragem institucional ou *ad hoc*

Normalmente acordos comerciais internacionais contém apenas uma cláusula de arbitragem que se refere a regras de arbitragem institucional ou *ad hoc* escolhidas pelas partes. Estas raramente elaboram quaisquer disposições especiais quanto a descoberta ou a produção de documentos, ou uma convenção de arbitragem separada quanto a disputa¹⁶. Quando as partes incorporam normas de arbitragem institucional ou *ad hoc* em sua convenção de arbitragem, estas regras se tornam parte da própria convenção.

Compreende-se que todas as principais regras de arbitragem partem do princípio de que o processo de arbitragem será conduzido de acordo com as regras de arbitragem escolhidas e, se estas regras forem silentes, o tribunal arbitral poderá resolver o assunto da forma que considerar apropriada¹⁷. Este é um reflexo da doutrina da autonomia das partes em que as mesmas decidem livremente a respeito de qual o procedimento vai ser seguido na arbitragem¹⁸.

¹⁴ Ver ICDR Guidelines 6. (b.); e também Born 2011, p. 771; Berger 2009, p. 591-592; Reed - Hancock 2009, p. 339-340; Lew - Mistelis - Kroll 2003, p. 555 and 567; Raeschke-Kessler 2002, iv. p. 2

¹⁵ E.g. IBA Rules of Evidence contém uma definição de documento, que abrange o seguinte: "a escrita, comunicação, imagem, tiragem, programa ou dados de qualquer tipo, sejam registrados ou mantidos em papel ou por via electrónica, áudio, visual ou qualquer outro meio" e de acordo com opção I, Art. 7 dos documentos da Lei Modelo da UNCITRAL pode ser formado por intercâmbio eletrônico de dados.

¹⁶ Tradução livre dos autores Born 2011, p. 775; Redfern – Hunter 2009, p. 52–63; Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 3-4 and Craig – Park – Paulsson, 2000, p. 37.

¹⁷ Tradução livre de AAA ICDR Art. 16 (1), DIS Art. 24(1), ICC Art. 15, LCI A Art. 14, SCC Art.

¹⁸ Tradução livre dos autores Born 2011, p. 771-772; Lew -Mistelis - Kroll 2003, p. 4, p. 6 and p. 558; and Coe 1997, p. 59-60.

A doutrina da autonomia das partes deve também ser aplicada como um ponto de partida ao decidir sobre questões de evidências, incluindo a descoberta e produção de documentos.

A maioria das instituições líderes na arbitragem internacional, por exemplo, AAA, CIRD, DIS, ICC, LCIA, SCC, AICV, aplicam regras de arbitragem *ad hoc* ou regras de arbitragem da UNCITRAL que não contêm solução para a questão da descoberta ou a apresentação documental. Elas deixam ampla margem de manobra para as partes e o tribunal arbitral decidirem sobre a descoberta e produção de documentos da melhor forma para cada caso específico¹⁹. Conseqüentemente, as regras principais de arbitragem não fornecem respostas expressas e específicas para como e em que medida a descoberta ou a produção de documentos devem ser realizadas na arbitragem internacional, ao contrário, são regras a respeito da produção de provas em procedimentos nacionais de litígios que geralmente fazem este escopo. Além disso, regras de arbitragem devem também ser interpretadas e aplicadas sob o direito nacional processual dentro do processo arbitral²⁰.

Isso, no entanto, não significa que a produção de documentos não é possível no âmbito da arbitragem institucional ou *ad hoc*. Por exemplo, regras de Arbitragem AICV contêm regras específicas relacionadas à produção de documentos, embora elas não são tão detalhadas quanto às Regras de Evidência da IBA²¹. Além disso, embora o Regulamento de Arbitragem da ICC não contêm quaisquer regras específicas em relação à produção ou produção de documentos, ele garante uma autoridade implícita aos árbitros para ordenar a apresentação de documentos e há jurisprudência do ICC em que o tribunal arbitral ordenou a produção de documentos. No processo ICC nº. 5542 de 1987²², o tribunal arbitral ordenou a produção de provas da seguinte forma:

O caso de arbitragem estava relacionado a uma disputa de um contrato em andamento que foi realizado sob as regras de arbitragem da ICC e com base na Etiópia. O tribunal arbitral ordenou a demandada à apresentar determinados documentos relevantes limitados e especialmente como conferido pelo respondente sendo que esse pedido também foi possível ao abrigo das leis processuais etíopes aplicáveis. É igualmente relevante que o tribunal arbitral mencione na sua ordem processual que ele não tem o poder ou “*sdictio juri*” para recomendar produção de documentos a terceiros e o reclamante que não tinha o direito de inspecionar arquivos do respondente.²³

¹⁹ Tradução livre de AAA ICDR Art. 19(3), DIS Art. 27(1 -2), ICC Art. 20(5), LCIA Art. 22.1 (e), SCC Art. 26 (2-3), UNCITRAL

²⁰ Tradução livre dos autores Born 2001, iv. p. 32; e *Derains – Schwartz 1998*, iv. Chapter 5, p. 23.

²¹ Tradução livre de LCIA Art. 22.1 (e) e IBA Rules of Evidence Art. 3(3).

²² Tradução livre do autor Born 2001, iv. p. 34-35.

²³ *Ibid.*

Em qualquer caso, é evidente que os referidos líderes de arbitragem institucional e *ad hoc* não contêm regras ou contemplam todos os elementos especificados familiarizadas com a descoberta de estilo norte-americano. Além disso, a American Arbitration Association (AAA), braço internacional do Centro Internacional para Resolução de Disputas (CIRD) lançou suas Diretrizes recentes aplicáveis às trocas de informações (orientações ICDR) em maio de 2008, no qual destaca-se que os elementos desenvolvidos em procedimentos judiciais são procedimentos geralmente não adequadas para a obtenção de informações em arbitragem internacional²⁴. As atuais Diretrizes do ICDR também provam que a decisão do tribunal no caso *Chiarella v. Visconde Indus Co.*, 1993²⁵, determinando que o tribunal arbitral tem amplo poder discricionário para ordenar descoberta de provas durante a pré-audição para garantir que as questões de direito e de fato estão suficientemente desenvolvidas, não se aplica a processos de arbitragem internacional sob as Regras do ICDR AAA.

2.3 Âmbito dos termos do modelo legal UNCITRAL e certos pontos de vista nos modelos “civil law” e “common law” em leis de arbitragem

Conforme já discutido neste trabalho, instituições líderes e regras *ad hoc* de arbitragem não costumam dar respostas a como e em que medida a descoberta ou produção de documentos devem ser realizadas em arbitragem internacional. Por isso, o tribunal arbitral também geralmente interpreta e aplica estas questões sob a lei nacional de arbitragem do lugar judicial ou sede da arbitragem, o *arbitri lex*, que governa os processos de arbitragem, se as partes discordam²⁶. Portanto, a *lex arbitri* também desempenha um papel importante na decisão sobre a descoberta de documentos e produção de documentos.

Ao rever posição de diferentes países para documentar ou realizar descoberta ou produção de documentos em arbitragem internacional, é importante reconhecer que em muitos países "suas leis de arbitragem foram influenciado pela Lei modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Internacional Comercial. Lei modelo da UNCITRAL foi adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL), em 21 de Junho de 1985 e foi alterado pela UNCITRAL, em 7 de Julho de 2006.

²⁴ Tradução livre de ICDR Guidelines number 6.

²⁵ Tradução livre de *Chiarella v. Viscount Indus Co.*, 1993, ltd., No. 92 CIV 9310 1993 WL 497967 at 4 (S.D.N.Y. 1 December 1993).

²⁶ Tradução livre dos autores *Born* 201 1, p. 535-536; *Redfern –Hunter* 2009, p. 3, 179–180, 392; *Lew – Mistelis – Kroll* 2003, p. 34; *Craig – Park – Paulsson* 2000, p. 93–94; e *Coe* 1997, p. 52-53. Ver *Varady – Barcelo – von Mehren* 1999, p. 27;

A Lei modelo da UNCITRAL representa um padrão internacional legislativo harmonizado para as leis nacionais de arbitragem²⁷. A Lei modelo da UNCITRAL é, de acordo com sua própria nomenclatura, uma lei modelo e tem tido um impacto significativo sobre as leis de arbitragem em diferentes países quando aprovaram leis novas de arbitragem ou as modernizaram²⁸. O único grande país industrial que tem uma lei de arbitragem que não é consistente com a Lei modelo da UNCITRAL é os EUA e seu Ato Federal de Arbitragem²⁹.

O Artigo 19 da Lei Modelo da UNCITRAL também reconhece a doutrina da autonomia das partes e contém uma decisão semelhante, que é geralmente incluída na arbitragem institucional e regras de arbitragem *ad hoc*: a disposição que o processo arbitral será conduzido de acordo com o consentimento das partes. Na falta desse consentimento, o tribunal arbitral tem o poder de determinar o assunto da forma que considerar apropriada, incluindo a admissibilidade, relevância, materialidade e peso de qualquer evidência. É claro que este tipo de decisão assegura ao tribunal arbitral amplo poder discricionário para determinar a forma de descoberta e produção de documentos, se as partes não chegaram a um acordo. À propósito, como e em que medida a descoberta ou pedido de apresentação de documentos deve ser tratado na arbitragem internacional durante o processo podem, portanto, variar dependendo de onde as partes e os árbitros estão, ou seja, qual é o *arbitri lex* a ser aplicado³⁰.

Leis de arbitragem do Brasil e Portugal, por exemplo, não contêm em geral, quaisquer disposições explícitas de execução relativas à produção de documentos, como as leis de arbitragem em Finlândia³¹, Alemanha³² e Suécia³³, por exemplo. Na jurisdição de países de *civil law*, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma das partes, determinar a produção de provas escritas, apenas em circunstâncias limitadas, se o documento solicitado está na posse de outra parte e provar a relevância do fato em disputa³⁴. A doutrina especializada tem apresentado uma visão de que uma ordem de descoberta de provas em arbitragem internacional, que não se baseia em acordo específico das partes seria mais provável a ser considerada como uma violação do

²⁷Tradução livre de UNCITRAL, secretariado sobre a lei de 1985 ‘Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional’ na versão alterada em 2006, p. 23.

²⁸ Tradução livre dos autores *Sanders 2001*, p. 23 and *Coe 1997*, p. 88.

²⁹ Tradução livre de <http://www.uncitral.org/uncitral/en/ul1.html#:~:text=s/a+r+bitrat+ion/I+91-5Mod:l+ar+bitrat+i+on+sta+tus.html> and *Coe 1997*, p. 96--97.

³⁰ Tradução livre do autor *Born 2011*, p. 769.

³¹ Tradução livre de Seção 27 do Ato de Arbitragem da Finlândia, de 1992 (com base no modelo UNCITRAL)

³² Tradução livre de § 1042 ZPO (*Zivilprozessordnung*, in *English German Code of Civil Procedure*) de 1998 e com base no modelo de lei UNCITRAL.

³³ Tradução livre de seção 25 do Ato de Arbitragem da Suécia, de 1999, com base na *UNCITRAL Model Law*.

³⁴ Tradução livre do autor *Miles – Schwarz 2003*, p. 2.

devido processo legal e da ordem pública, se uma das partes no procedimento arbitragem é proveniente de um país de *civil law* (direito civil)³⁵.

Sobre as leis de arbitragem dos países acima mencionados de *civil law*, e principalmente no Brasil e em Portugal, não é possível conceder outras sanções pelo tribunal arbitral do que chamar a inferência adversa, se a parte se recusa a produzir documento solicitado pelo tribunal arbitral³⁶. No entanto, é bastante claro nos termos das leis de arbitragem da Finlândia, Alemanha e Suécia que o tribunal arbitral pode solicitar a produzir um documento, a pedido de uma das partes, se a parte requerente especificar o documento e apontar a relevância para o caso e se razoavelmente provar que o documento solicitado está na posse da parte a quem o pedido é feito³⁷. Mesmo que as leis de arbitragem da Finlândia, Alemanha e da Suécia não contenham disposições tão detalhadas quanto as Regras de Evidência da IBA, a prática atual de arbitragem nestes países corresponde ao âmbito de aplicação da produção de documentos na forma regulamentada nas normas de evidência da IBA³⁸.

Se um tribunal de arbitragem internacional está situado em um país de “common law”, por exemplo, nos Estados Unidos, e as partes da arbitragem não chegaram a um acordo quanto aos procedimentos a respeito da descoberta ou apresentação de documentos, é evidente que a arbitragem não está sujeita aos procedimentos de detecção disponíveis em processos contenciosos nos Estados Unidos que como se sabe, podem ser extensos³⁹. De acordo com a *Section 7* da Federal Arbitration Act (FAA) que regula o escopo de descoberta, autoriza-se ao tribunal arbitral ordenar a qualquer pessoa a produção dos documentos que devem ser considerados matéria de prova. Contudo, de acordo com a jurisprudência dos Estados Unidos, a obrigação de produzir documentos aplica-se apenas inter-partes a exemplo da jurisprudência, não permitindo que o tribunal arbitral determine produção de documentos a terceiros, pois estes não estão vinculados por acordo de arbitragem⁴⁰. Durante o processo de arbitragem nos tribunais nacionais dos Estados Unidos não se pode expandir ordens de produção do tribunal arbitral⁴¹.

³⁵ Tradução livre dos autores *Beger 2009*, p. 590; e *Weigand 2002*, p. 80–81.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Tradução livre dos autores *Savo/a 2003*, p. 1; *Miles –Schwarz 2003*, p. 2; e *Brocker 2001*, p. 22–26

³⁸ Tradução livre dos autores *Beger 2009*, p. 593; *Savo/a 2003*, p. 1; *Miles –Schwarz 2003*, p. 2; *Raeschke-Kessler 2002*, iv. p. 9–10 and *Brocker 2001*, p.22–26.

³⁹ Tradução livre dos autores *Born 2011*, p.771; e *Redfern –Hunter 2003*, p. 316-317.

⁴⁰ Tradução livre do autor *Born 2011*, p. 773.

⁴¹ Tradução livre dos autores *Coastal States Trading v. Zenith Navigation SA.*, 446 F. Supp. 330 (S.D.N.Y., 1977).

Se uma arbitragem internacional está ocorrendo na Inglaterra, o que é então o *arbitri lex*, o tribunal arbitral pode aplicar o Ato Inglês de Arbitragem⁴². Na literatura jurídica, em matéria de arbitragem internacional e da Lei de Arbitragem Inglesa, o tribunal arbitral deve preferir a sua decisão sobre os fatos do caso e não por qualquer tradição local de divulgação de documentos em relação ao litígio⁴³. A fim de produzir documentos, o tribunal arbitral pode determinar a respeito de quaisquer documentos apropriados se os mesmos estão na posse, custódia ou poder da parte a quem o pedido é dirigido, independentemente de se eles serem úteis ou prejudiciais para a parte⁴⁴.

2.4 Regras da International Bar Association (IBA) em matéria de obtenção de provas em arbitragem internacional: prática uniforme em arbitragem internacional relativa a produção e descoberta de documentos

2.4.1 Diretrizes atuais a respeito da descoberta e pedido de apresentação de documentos em Arbitragem Internacional

O melhor quadro geral sobre a atual prática aceita a *reseptio* da produção de documentos em arbitragem internacional pode ser construído por uma revisão das normas da IBA (International Bar Association) sobre a obtenção de provas em *International Arbitration* (IBA Regulamento de Provas)⁴⁵, normas estas que foram elaboradas por um grupo de trabalho da comissão de arbitragem da IBA e que foram recentemente revistas e adotadas pela Resolução do Conselho de IBA em 29 de maio 2010⁴⁶. Antigas Regras de Evidência da IBA foram emitidas em 1999 e sua primeira versão é datada de 1983⁴⁷.

Um dos principais efeitos das Regras de Evidência da IBA é proporcionar um processo eficiente, econômico e justo especialmente para as partes que são de diferentes culturas jurídicas. Portanto, as Regras de Evidência da IBA refletem os procedimentos em uso

⁴² Tradução livre de Art 34(2)(d) of the English Arbitration Act, que foi promulgada em 1996 e com base na Lei Modelo da UNCITRAL.

⁴³ Tradução livre dos autores *Miles – Schwarz 2003*, p. 2; e *Redfern – Hunter 2003*, p. 317.

⁴⁴ *ibid.*

⁴⁵ Tradução livre dos autores Lew 2009, p. 11; Redfern – Hunter 2009, p. 393; e Raescke-Kessler 2002, iv. p. 1.

⁴⁶ As Regras da IBA revistas de provas serão aplicadas às arbitragens, na ausência de uma menção contrária, na qual as partes acordaram em 29 de maio 2010, nos termos do artigo I (2) das Regras de Evidência da IBA.

⁴⁷ As primeiras regras de 1983 foram nomeadas como ‘IBA Regras Complementares que Regulamentam a Apresentação e Recepção de Provas em Arbitragem Comercial Internacional’.

em muitos sistemas legais distintos e são projetados para serem usadas em conexão como de normas governamentais, institucional, *ad hoc* ou outras regras ou procedimentos em arbitragens internacionais⁴⁸. As partes podem adaptar as regras de Evidência da IBA, no todo, em parte, ou podem variá-las ou usá-las como diretrizes no desenvolvimento de seus próprios procedimentos em evidências.

As Regras de Evidência da IBA não são automaticamente aplicável em arbitragens internacionais, elas são aplicadas sempre que as partes tenham acordado ou o tribunal arbitral determine sua aplicação⁴⁹. A aplicabilidade das normas da IBA de evidência é clara se as partes se referiram a elas em sua cláusula compromissória ou eles acordaram a aplica-las durante o processo de arbitragem. Além disso, o tribunal arbitral pode aplicar as Regras de Evidência da IBA, em especial quando a questão da produção de documentos foi atualizada durante o processo de arbitragem e as partes são de diferentes culturas jurídicas e não chegaram a acordo sobre as questões em evidências na sua cláusula de arbitragem e as regras de arbitragem escolhidas não contêm regras específicas de produção de documentos. Isso, no entanto, não significa que os tribunais arbitrais não devem aplicar as normas da IBA de evidência toda vez, embora as regras de Evidência da IBA tenham ganhado ampla aceitação dentro da comunidade arbitral internacional⁵⁰.

O princípio fundamental das regras de Evidência da IBA é que apenas o tribunal arbitral tem o poder de ordenar a produção de um documento se a outra parte rejeita produzir à parte requerente o pedido. Conforme mencionado anteriormente, de acordo com a autonomia das partes, o processo arbitral deve ser conduzido da maneira que as partes tenham escolhido e se as partes não chegaram a um consenso para estas questões, de tal forma que o tribunal arbitral considere adequado, o que também foi mencionado nas Regras da IBA de evidência⁵¹.

A pedra angular em cada arbitragem deve ser, quanto à questão da descoberta e pedido de apresentação de documentos, que o tribunal arbitral sempre assegure que as partes sejam tratadas com justiça e igualdade, bem como de acordo com a princípio do devido processo legal⁵². Nas regras revistas de evidência da IBA também tem sido enfatizado que o tribunal arbitral deve o o quanto antes encorajar as partes a identificar os requisitos, processo e formato aplicável à produção de documentos e convidá-los a consultar-se sobre estas

⁴⁸Ver Prefácio e Preâmbulo das Regras de Evidência da IBA.

⁴⁹Tradução livre de Article I of the IBA Rules of Evidence; see also Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 554.

⁵⁰Ver Prefácio e Preâmbulo e das Regras de Evidência da IBA.

⁵¹Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. I (5).

⁵²Tradução livre de UNCITRAL Model Law Art. 18 assim como Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 559; e Raeschke-Kessler 2002, iv. p. 6.

questões para assegurar um processo eficiente, econômica e justo⁵³. A especificação particularmente mencionada nas Regras da IBA revistas reflete a atual prática internacional de arbitragem que já foi mencionado nas Notas da UNCITRAL sobre os Procedimentos Organizadores Arbitral do ano de 1996⁵⁴. A referida consulta processual ocorre geralmente em uma preliminar separada onde outras questões processuais também são consideradas e que são, por vezes, confirmadas em documento separado chamado agenda ou os termos de referência⁵⁵.

2.4.2 Requisitos relativos ao conteúdo da descoberta e pedido de apresentação de documentos

O artigo 3º das regras de evidência da IBA contêm princípios amplamente aceitos para arbitragens internacionais relativas a descoberta (e extensão) ou a apresentação de documentos em arbitragem internacional. Uma das principais alterações quando as Regras de Evidência da IBA foi revisada em 29 de maio de 2010 referindo-se a documentos mantidos em formato eletrônico, que se estendeu a definição do âmbito dos documentos e especificação dos requisitos da produção dos documentos eletrônicos. Uma solicitação bem-sucedida para produzir documentos devem preencher três elementos ou princípios relativos ao conteúdo substantivo, que são as seguintes nos termos do artigo 3, seção 3, do Regulamento de Evidência da IBA:

Primeiro (i), a parte requerente deve ser capaz de especificar a descrição do documento ou documentos solicitados. Isto significa que a parte requerente deve ser capaz de estabelecer o conteúdo, prazo presumido ou a data e as partes ou autor do documento⁵⁶. Se o pedido para produção documental apenas dizer respeito a um documento individual, a parte requerente deve ser capaz de descrevê-lo. Se o pedido de apresentação for de vários documentos, os documentos devem ser identificados unitariamente e, especificamente.⁵⁷ Um dos principais efeitos do conteúdo mencionado anteriormente na regra do artigo 3, seção 3 (a) é para evitar expedições de “pesca” de forma aleatória em arbitragens internacionais⁵⁸.

As Regras da IBA revistas de produção de evidência contêm uma adição significativa ao artigo 3, seção 3 (a) (ii) sobre os documentos mantidos em formato eletrônico.

⁵³Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 2(1), (2)(c-e), 2(3)(a) e 2(3)(b).

⁵⁴Tradução livre de UNCITRAL Notas on Organizing Arbitral Proceedings paragraph 50. e 5 1.

⁵⁵Tradução livre de ICC Article 18 e Craig – Park – Pau/sson 2000, p. 274-275 e 277; e UNCITRAL Notas sobre a organização de procedimento arbitral parágrafos 7–9.

⁵⁶Tradução livre do autor *Raescke-Kessler 2002*, iv. p. 4.

⁵⁷Tradução livre dos autores *Redfern-Hunter 2009*, p. 396; *Lew-Mistelis-Krol/2003*, p. 554; e *Raescke-Kessler 2002*, iv. p. 4.

⁵⁸Tradução livre dos autores *Raescke-Kessler 2002*, iv. p. 3.

As Regras de Evidência da IBA são claras que o pedido de apresentação de documentos mantidos em formato eletrônico deve ocorrer de uma forma eficiente, objetiva e de forma econômica⁵⁹.

Em segundo lugar (ii), a parte requerente deve ser capaz de dar uma declaração especificando o motivo dos documentos solicitados serem relevantes para o caso e seu possível resultado de acordo com as Regras de Evidência da IBA, Art. 3 (3) (b). As atuais regras de Evidência da IBA também mudaram e esclareceram o idioma usado na versão 1999 das normas ao avaliar dimensões de relevância e materialidade. Agora nas Regras da IBA revistas de evidência é especificado de forma mais clara que a exigência e relevância refere-se ao seu resultado potencial. Isto significa que o documento solicitado deve em tese provar algum fato judicial disputado em que ações judiciais de uma parte são baseados (relevância) e deve ser necessária quando o tribunal arbitral determina se premissas das partes estão corretas ou não (materialidade).

Terceiro (iii), a parte requerente deve ser capaz de dar uma declaração de que os documentos solicitados não estão em sua posse, custódia ou controle ou uma declaração das razões pelas quais seria fardo ou injustificado para que a parte que solicita a produzir o documento a faça por sua conta. Neste terceiro elemento em relação ao conteúdo do documento pedido da parte requerente também deve expor os fatos e fundamentos de que assume que o documento solicitado está à disposição da parte adversa⁶⁰. Os entes requerentes mencionados podem as vezes causar problemas judiciais, se o documento solicitado está em posse da empresa-mãe da outra parte ou em algum membro do grupo empresarial. O conceito de grupo empresarial deve ser interpretado de forma restritiva e árbitros devem considerar cuidadosamente se o documento solicitado está no âmbito das partes⁶¹.

Portanto, o tribunal arbitral não pode interpretar a apresentação e pedidos de documentos amplamente, caso contrário irá facilmente ultrapassar a sua competência e possivelmente pôr em perigo o reconhecimento e a execução da sentença arbitral⁶².

2.4.3 Restrições relativas a decisão do Tribunal Arbitral sobre Produção de Documento

⁵⁹Tradução livre de IBA Rules of Evidence - Article 3, section 3 (a)(ii)

⁶⁰Tradução livre de The IBA Rules of Evidence Art. 3(3)(c)(i-ii).

⁶¹Tradução livre do autor Raescke-Kessler 2002, iv. p. 4-5.

⁶²Tradução livre de Ver New York Convention (Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards / Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras) Article V(I)(c).

Se a outra parte levanta objeções ao pedido de apresentação de um documento, o tribunal arbitral deve decidir sobre as acusações por uma ordem processual, em que o pedido de apresentação de documentos ou é negado ou aceito no todo ou em parte. As restrições a fim de produzir documentos podem estar relacionadas às objeções formais e processuais ou materiais. Antes do tribunal arbitral decidir sobre se deve ou não pedir para produzir um documento, ele deve ouvir as partes e convidá-las a consultar sobre a descoberta e o pedido de apresentação de um documento⁶³. Normalmente decide-se sobre o pedido de apresentação de um documento quando as partes apresentaram as suas completa alegações e defesas escritas, após o qual o tribunal arbitral geralmente tem a visão necessária dos fundamentos de ambas as partes para a apresentação e, assim, é capaz de determinar o requerimento da referida produção⁶⁴.

O pedido de apresentação de um documento pode ser negado, pelo menos, em duas razões processuais diferentes. Primeiro (i), os motivos que recusam podem se relacionar com o calendário e um prazo fixado pelo tribunal arbitral. O tribunal arbitral pode negar o pedido pelo fato da parte ter solicitado para produzir um documento de forma tardia, na etapa final do processo de arbitragem⁶⁵. Além disso, de acordo com as “IBA Rules of Evidence” o tribunal arbitral pode negar o pedido de produção, se o requerente não obedecer aos prazos ordenados pelo próprio tribunal⁶⁶. No entanto, se o tribunal arbitral nega o pedido de produção devido a razões de calendário, deve fazê-lo com cautela para que não causar quaisquer problemas ao devido processo.

Em segundo lugar (ii), exceção processual, o que pode restringir a ordem de produção do tribunal arbitral diz respeito a terceiros. O tribunal arbitral deve sempre considerar cuidadosamente se o documento pedido se enquadra no escopo da convenção de arbitragem entre as partes ou cláusula. Se o documento solicitado está na posse, custódia ou posse de um terceiro, o tribunal arbitral não tem competência para ordenar uma ordem processual contra esse terceiro, mas pode tomar todas as medidas legalmente disponíveis para obter o documento solicitado, se todos os outros requisitos de conteúdo sejam cumpridas, tudo isso ao abrigo do Regulamento de Provas da IBA, Artigo 3, ponto 9.

O pedido para produzir um documento também pode ser negado por motivos substantivos⁶⁷. O pedido de produção pode ser negado se o pedido de

⁶³Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 3(6).

⁶⁴Tradução livre do autor Raescke-Kessler 2002, iv. p. 5.

⁶⁵Tradução livre do autor Savo/a 2003, p. 1-2

⁶⁶Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 3(2).

⁶⁷Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 3(7).

documentação não cumprir alguma das condições especificadas referidas no artigo 9º, seção 2 (ag) das Regras de Evidência da IBA ou se o pedido se refere a um documento que não existe. Primeira (i) objeção substantiva diz respeito a falta de relevância e materialidade, o que está em linha com a exigência de conteúdo substantivo do pedido de apresentação de documento que foi mencionado acima⁶⁸. Também os outros requisitos de conteúdo substantivos constituem geralmente objeções típicas de fundo, por exemplo, se a outra parte argumenta que o documento solicitado não existe e, portanto, não pode estar em sua posse, custódia ou controle⁶⁹.

Em segundo lugar (ii), se o documento solicitado está sob normas legais ou éticas aplicáveis determinadas pelo tribunal arbitral a ser objeto de privilégio legal ou é causa de impedimento legal, o tribunal arbitral deve excluí-la da solicitação para produzir documento⁷⁰. Este fundamento de objeção é particularmente importante em arbitragem internacional onde as partes e seus assistentes costumam vir de diferentes sistemas e práticas legais sob regras diferentes, privilégios e ética jurídica. Por exemplo, em sistemas de *common law*, nos EUA e na Inglaterra, o âmbito de proteção da confidencialidade é normalmente interpretada amplamente, enquanto que em sistemas de “direito civil” o privilégio legal não costuma cobrir conselhos internos legais que são considerados como empregados regulares da companhia⁷¹. No entanto, mesmo em sistemas de direito civil, especialmente na Europa, é evidente que os documentos criados ou trocados na relação advogado-cliente entre um advogado independente contratado e um cliente são protegidos pelos princípios de privilégio legal como indicado no julgamento Akzo Nobel do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias⁷².

As Regras da IBA de Evidência revisadas contém no seu artigo 9, seção 3, que prevê especificamente certas considerações que o tribunal arbitral pode levar em conta ao determinar se nega o pedido de produção em questões de impedimento legal ou privilégio, ao abrigo do Regulamento de Provas da IBA⁷³. Este novo artigo no Regimento de Evidência da IBA confirma e esclarece a prática anteriormente aplicada particularmente, enfatizando a necessidade de manter a equidade e igualdade entre as partes, se forem sujeitos a diferentes normas legais ou éticas. A este respeito, o novo artigo 9 (3), do Regulamento de Evidência da IBA não altera a prática anteriormente aplicada que uma parte só pode apresentar um pedido de apresentação de documento para a outra parte, na medida em que seja necessária

⁶⁸Tradução livre de The IBA Rules of Evidence Art. 9(2)(a); e Art. 3 (3)(b).

⁶⁹Tradução livre do autor Raescke-Kessler 2002, iv. p. 6.

⁷⁰Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 9(2)(b).

⁷¹Tradução livre dos autores Berger 2009 , p. 607; Lew 2009, p. 18; e Raescke-Kessler 2002, iv. p. 8.

⁷²Tradução livre de pages 120,121,122 and 123 of the Akzo Nobel judgment and Berger 2009, p. 604-607.

⁷³Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 9(3)(a-e).

para produzir documentos do tipo apontado⁷⁴. Este novo artigo 9 (3), do Regulamento de Evidência da IBA também enfatiza considerações de confidencialidade.

Terceiro (iii), o pedido para produzir provas ainda pode ser negado por razões de economia processual, da proporcionalidade, da equidade e da igualdade das partes⁷⁵. Esta regra está intimamente ligada ao privilégio legal acima referido com base legal na própria objeção ou impedimento⁷⁶. Esta regra, contudo, não dá exatamente uma margem para o tribunal arbitral considerar livremente a questão do pedido de apresentação de documentos, porque os motivos definidos devem ser fundados ao abrigo das regras aplicáveis.

Quarto (iv), o pedido de apresentação de um documento também pode ser negado se houver sobrecarga excessiva para produzir o documento solicitado ou o documento solicitado tenha sido perdido ou destruído⁷⁷. Esta regra dá um amplo poder discricionário ao tribunal arbitral para decidir sobre razões de sobrecarga excessiva para produzir um documento e, se o documento tiver sido perdido ou destruído, o pedido, assim, não necessita de extenso fundamento para sua negativa⁷⁸.

Quinto (v), o tribunal arbitral pode negar o pedido de apresentação de um documento, se o documento solicitado contém informações confidenciais comerciais ou técnica ou algumas informações confidenciais (política ou institucional, por exemplo)⁷⁹. O objetivo desta regra de confidencialidade é prevenir acesso injustificado a segredos comerciais e industriais válidos da outra parte. A negação por motivos políticos geralmente refere-se a arbitragens quando uma parte é um estado ou uma instituição internacional, como as Nações Unidas ou o Banco Mundial e o documento solicitado contém informações que são classificadas por razões diplomáticas ou que tenha sido classificado por um governo ou uma instituição internacional pública⁸⁰.

Deve-se ressaltar que de acordo com o Regulamento da IBA de Provas o tribunal arbitral tem boas possibilidades de proteger informação sensível ou confidencial. O artigo 3, ponto 13, do Regulamento de Evidência da IBA contém uma obrigação de confidencialidade expressa para o tribunal arbitral e as partes, que se relaciona com todos os documentos apresentados ou produzidos por partes durante o processo de arbitragem e que não são de outra maneira no domínio público, mesmo embora de outra forma o âmbito da

⁷⁴Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 607; e Raescke-Kessler 2002, i v. p. 9.

⁷⁵Tradução livre de IBA Rules of Evidence, Art. 9(2)(g).

⁷⁶Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 607; e Raescke-Kessler 2002, iv. p. 9.

⁷⁷Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 9(2) e Art. 9(2)(d).

⁷⁸ Tradução livre do autor Raescke -Kessler 2002, iv. p. 9.

⁷⁹Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 9(2)(e) e Art. 9(2)(1).

⁸⁰Tradução livre do autor Raescke-Kessler 2002, iv. p. 9.

confidencialidade na arbitragem internacional tem sido uma questão muito debatida durante as últimas décadas dentro das comunidades de arbitragem internacional⁸¹. Em qualquer caso, é evidente na arbitragem internacional comercial que as audiências são realizadas em privado, embora o âmbito da confidencialidade pode variar em diferentes regras de arbitragem⁸². Adicionalmente, o tribunal arbitral poderá tomar as providências necessárias ao abrigo das Regras de Evidência da IBA para garantir a proteção da confidencialidade e na redução das objeções para produzir um documento por razões de confidencialidade⁸³.

Além disso, não é necessário em todas as circunstâncias para o tribunal arbitral decidir sobre as obrigações de confidencialidade através da revisão do documento solicitado. Em circunstâncias excepcionais, nos termos do Regulamento de Provas da IBA, o tribunal arbitral poderá também nomear um perito independente, imparcial e neutro, que é obrigado a ser confidencial para analisar os documentos que possam conter informações confidenciais⁸⁴. Após o perito ter analisado o documento, ele vai informar o tribunal arbitral de sua decisão, após o qual o tribunal arbitral pode, então, destinar o documento confidencial, em parte confidencial ou pedir o documento a ser produzido para a parte requerente⁸⁵.

2.4.4 Efeitos de objeções de ordens de produção do Tribunal de Arbitragem

É um princípio bem aceito na arbitragem internacional que o tribunal arbitral não tem poder para impor uma multa condicional ou pedir outros meios coercivos ou de força, se uma parte não obedecer a ordem do tribunal arbitral para produzir um documento⁸⁶.

Se uma parte falhar sem explicação satisfatória para seguir a ordem processual do tribunal arbitral para produzir qualquer documento solicitado, o tribunal arbitral pode inferir que o documento solicitado seria negativo para o interesse da parte que a negou e assim, pode fazer interferência negativa contra uma parte que não produzir o documento solicitado⁸⁷. Também nas Notas da UNCITRAL foi enfatizado que as partes podem ser lembradas de que, se uma parte não produzir documento solicitado sem motivo suficiente, essa falha pode causar

⁸¹ Tradução livre dos autores Oakley-White 2003: "Confidentiality Revisited: Is International Arbitration Losing One of its Major Benefits?"; Edwards 2001: "Confidentiality in Arbitration: Fact or Fiction"; e Paulsson - Rawding 1994: "The Trouble with Confidentiality".

⁸² Tradução livre dos autores Redfern -Hunter 2009, p. 136--139; Rubino-Sammartano 2001, p. 799; e Paulsson -Rawding 1994, p. 49.

⁸³ Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 3(13) e Art. 9(4).

⁸⁴ Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 3(8).

⁸⁵ Tradução livre do autor Raescke-Kessler 2002, iv. p. 7.

⁸⁶ Tradução livre do autor Redfern -Hunter 2009, p. 319.

⁸⁷ Tradução livre de IBA Rules of Evidence Art. 9(5).

conclusão negativa em seu desfavor⁸⁸. Isso pode também aumentar a carga dessa parte da prova sobre tais fatos que seriam sob o fardo do solicitante da prova⁸⁹ na arbitragem⁹⁰.

Pelas razões acima mencionadas, em geral, não é necessário considerar quaisquer outras medidas que geram inferências negativas, porque as ordens de produção do tribunal arbitral são geralmente classificadas como uma ordem processual, não uma decisão provisória ou parcial. Ordens Processuais do tribunal arbitral não podem ser executadas, segundo a Convenção de Nova Iorque. Ordens processuais do tribunal arbitral podem estar sob fiscalização judicial apenas como parte de uma possível anulação ou procedimento de execução, após a sentença arbitral ser proferida⁹¹. No entanto, em alguns casos, tem sido considerado que a ordem processual do tribunal arbitral para produzir um documento é exequível sob a Convenção de Nova Iorque como no caso *Publicis Comunicação & Publicis SA v True North Comunicações North-inc.*⁹².

A empresa norte-americana True North Comunicações North-inc. (doravante denominada "True North"), entrou em uma *joint venture* em 1989 com a francesa Publicis Comunicação & Publicis SA (doravante denominada "Publicis"). *Joint venture* entre as partes levou a arbitragem, que foi realizada sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL em Londres por um painel de três árbitros, no qual a solicitação do True North para alívio entre outros que Publicis deveria divulgar determinados registros fiscais a True North. Em 1998, o árbitro-presidente do tribunal arbitral assinou uma ordem processual em nome dos Árbitros 'pelo qual Publicis deve produzir a True North os registros fiscais' solicitados, mas Publicis não cumpriu com a ordem do tribunal arbitral. Posteriormente True North entrou com uma ação no Tribunal Distrital Federal sob a Convenção de Nova Iorque. O Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito confirmou a decisão do Tribunal Distrital e considerou que ordem processual do tribunal arbitral relativa ao pedido de apresentação de documento foi aplicáveis ao abrigo da Convenção de Nova York como uma sentença arbitral. Os tribunais decidiram que porque a ordem processual do tribunal arbitral finalmente resolvia matéria de reivindicação da True North, a ordem processual não era apenas uma medida provisória, pelo contrário, considerou-se uma decisão final parcial que pode ser aplicada como uma sentença arbitral, mesmo que o decisão arbitral tribunal foi dirigido por um pedido de uma parte. O Tribunal de Apelações mencionou que: 'Produzir os documentos foi notadamente uma matéria processual, com materialidade'.

⁸⁸ Tradução livre de UNCITRAL Notas sobre a organização de Procedimentos Arbitrais parágrafo 51.

⁸⁹ Tradução livre dos autores Moller 2005, p. 256; e Brocker 2001, p. 25.

⁹⁰ Tradução livre do autor Moller 2005, p. 256.

⁹¹ Tradução livre dos autores Lew –Mistelis –Kroll 2003, p. 569 e 628–629; e Raescke-Kessler 2002, iv. p. 7.

⁹² Tradução livre de Publicis Communication & Publicis SA v True North Communications Inc., 206 F. 3d 725 (71 Cir. Ill. 2000).

Apesar da decisão em favor da *True North Communications Inc.*, a visão predominante atual, de acordo com as Regras de Evidência da IBA, é que as ordens processuais do tribunal arbitral não são facilmente executáveis⁹³.

3. COMPETÊNCIA E NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA DE CORTES NACIONAIS NA OBTENÇÃO DE PROVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO ARBITRAL

Como discutido acima, a prática que tem sido assumida em arbitragem internacional e nas Regras de Evidência da IBA, é a segundo a qual o tribunal arbitral pode concluir que um documento que tenha sido pedido a produção é contrário ao benefício de uma das partes, caso esta não a apresente. Por conseguinte, a flexibilidade e potencialidade da arbitragem permite que os árbitros utilizem outros meios para delinear a verdade em questão, que agem como um substituto para os meios coercitivos dos tribunais nacionais. Na prática há raras necessidades de recorrer à assistência judicial de um tribunal nacional para resolver a questão da descoberta ou a produção de documentos. Além disso, se o processo de arbitragem é conduzido de forma confidencial, a confidencialidade pode estar ameaçada se uma das partes tenta recorrer à assistência judicial na obtenção de provas.

O artigo 27 da Lei modelo da UNCITRAL diz respeito à assistência judicial em matéria de obtenção de provas. Este regulamento permite que o tribunal arbitral e as partes usem um recurso adicional para a produção de documentos, particularmente em uma situação em que o documento solicitado não está na posse das partes à arbitragem e quando o tribunal arbitral carece normalmente de competência para ordenar a produção de documentos a partir de um terceiro. A aplicação de assistência ao Tribunal de Justiça pode geralmente estar disponível em arbitragem internacional somente pelo acordo das partes ou a permissão do tribunal arbitral e o processo será conduzido sob a lei de arbitragem daquele Estado e/ou país onde os documentos estão localizados⁹⁴.

Na Alemanha, os tribunais têm sido capazes de dar assistência na obtenção de provas, desde o ano 2001 e essa assistência está disponível apenas em tal medida, uma vez que é possível no sistema processual alemão⁹⁵. Nos termos do artigo 1050 da Lei alemã de Arbitragem, que se baseia na Lei Modelo da UNCITRAL, o tribunal arbitral pode

⁹³ Tradução livre dos autores Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 569; e Raescke-Kessler 2002, iv. p. 7.

⁹⁴ Tradução livre dos autores Berger 2009, p. 601; Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 580; e Miles – Schwarz 2003, p. 3.

⁹⁵ Tradução livre do autor Raeschke-Kess/er 2002, iv. p. 8.

solicitar a assistência judicial para a produção de documentos, desde que o tribunal arbitral possua foro na Alemanha ou mesmo fora da Alemanha⁹⁶. Os Atos de Arbitragem da Suécia e da Finlândia contém principalmente disposições semelhantes das em vigor na Alemanha⁹⁷. O tribunal arbitral deve dar uma aprovação para o pedido de assistência do tribunal, se o documento solicitado é relevante e necessário para o caso e não causar custos exorbitantes⁹⁸. A Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAV, Lei 31/86) não contém dispositivos semelhantes, talvez por ser datada da década de 1980. Nesse mesmo diapasão, na Suécia e Finlândia, a assistência judicial efetiva deve ser realizada sob as regras de obtenção de provas, tal como previsto no Código de Processo Judiciário⁹⁹.

Na Inglaterra, ao abrigo da Lei de Arbitragem inglesa, se o documento solicitado está situado na jurisdição de um tribunal Inglês, o tribunal Inglês pode ajudar as partes da arbitragem na produção de documentos¹⁰⁰. Tribunais ingleses podem, de modo geral, determinar a produção de documentos apenas se advir ordem do tribunal arbitral¹⁰¹. Nos EUA, a secção 7 do FAA (*Federal Arbitration Act* – Ato Federal de Arbitragem) regula o âmbito da produção de documentos e prevê que o tribunal arbitral pode ordenar a qualquer pessoa a apresentação de documentos que devem ser considerados materiais como prova. Com base na secção 7 do FAA as partes podem solicitar a assistência judicial da Justiça Federal somente se o tribunal arbitral estiver nos Estados Unidos. Apesar da secção 7 do FAA, na prática, está clara que a arbitragem internacional não está sujeita à extensa descoberta e procedimentos que possam estar disponíveis em processos contenciosos nos Estados Unidos¹⁰².

No entanto, em decisão da Suprema Corte norte-americana fez-se uma referência a um artigo que considerou "tribunal internacional" para significar tribunais arbitrais internacionais¹⁰³. Depois disso, em dois casos de Tribunais Federais foi interpretado que, durante a arbitragem internacional, uma das partes pode solicitar assistência de um tribunal

⁹⁶ Tradução livre dos autores Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 581; Raeschke-Kesseler 2002, iv. p. 7; e Berger 2009, p. 60

⁹⁷ Tradução livre de section 26 of the Swedish Arbitration Act e section 29 of the Finnish Arbitration Act

⁹⁸ Tradução livre do autor Brocker 2001, p. 26-27.

⁹⁹ Tradução livre de section 26 of the Swedish Arbitration Act and section 29(3) of the Finnish Arbitration Act.

¹⁰⁰ Tradução livre de sections 2(3), 43 and 44 of the English Arbitration Act and Lew – Mistelis – Kroll 2003, p. 581–582.

¹⁰¹ Tradução livre do autor Miles – Schwarz 2003, p. 3

¹⁰² Tradução livre do autor Born 2011, p. 771; and Redfern – Hunter 2003, p. 316-317.

¹⁰³ Tradução livre de Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 542 U.S. 241 (2004); e see also Shore 2009, p. 63.

norte-americano para a descoberta de provas em virtude da Seção 1782 do Título 28 do *United States Code*¹⁰⁴.

4 CONCLUSÃO

Tem sido conhecido entre os experientes árbitros internacionais e profissionais de arbitragem, desde as Regras de Evidência da IBA (versão revisada), que a descoberta e produção de documentos que está em vigor em processos contenciosos não se encaixa com perfeição nos processos de arbitragem internacional, a menos que as partes tenham acordado expressamente de forma diversa. A aplicação de descoberta e produção de provas nos países de *common law*, a exemplo da Inglaterra e Estados Unidos, tem seguido por decisões uniformes, ao passo que países tradicionais em *civil law*, caso do Brasil e Portugal, estão a depender de suas próprias legislações e evoluções legais.

O fato é que na arbitragem internacional, a princípio, a descoberta e produção de documentos só é possível se as partes tiverem especialmente acordado em sua convenção ou em cláusula de arbitragem e, mesmo assim, pode ser contra a política pública em algumas jurisdições de *civil law*.

Se ambas as partes no procedimento de arbitragem são de países de *common law* e estão, portanto, familiarizadas com a descoberta de documentos no estilo dos EUA ou Inglaterra, a situação é naturalmente diferente. Em tal situação, a natureza flexível da arbitragem e do princípio da autonomia das partes para permitir o uso de descoberta de documentos da forma como é utilizado em processos judiciais nos EUA / Inglaterra.

Por outro lado, é razoável enfatizar que a eficácia da arbitragem internacional, em especial a sua duração e custos, tem estado sob discussão ferrenha nos últimos tempos. Isso também tem sido levado em consideração nas regras atuais de Evidência da IBA e de Arbitragem da ICC, esta última, renovada. É evidente, portanto, que em arbitragem internacional, é necessário manter os princípios que são considerados benefícios centrais da arbitragem, a exemplo da neutralidade, eficiência e flexibilidade. Ao mesmo tempo, porém, as partes devem ser capazes de provar os fatos discutíveis, se necessário, através de documentos exigíveis diante da parte adversa.

¹⁰⁴Tradução dos autores *Roz Trading Limited*, 469 F.Supp, 2d 122 1 (N.D. Ga. 2006) e *Hallmark Capital Corp.* (D.Minn. June 1, 2007); see also *Shore 2009*, p. 60-62 e *Redfern – Hunler 2003*, p. 316-317.

As Regras de Evidência da IBA permitem uma maneira flexível e eficiente para adquirir documentos da parte contrária, e devido à natureza da arbitragem internacional não é desejável a inclusão de elementos da descoberta do estilo dos EUA / Inglaterra, uma vez que estes podem tornar o processo de arbitragem mais caro e ineficaz. Os princípios do “*IBA Rules of Evidence*” formam um costume legal bastante aceito relativo à produção de documentos em arbitragem internacional que deve ser aplicado pelos árbitros, a menos que as partes tenham acordado em contrário.

A maneira mais eficaz e adequada para regular a descoberta ou a produção de documentos em arbitragem internacional é de uma convenção de arbitragem entre as partes, e a mencionar, por exemplo, as Regras de Evidência da IBA na cláusula de arbitragem. Com uma cláusula específica relativa à descoberta ou apresentação de documentos, o problema será solucionado à luz da autonomia das partes. De outra forma, será solucionada pelo meio institucional ou normas de arbitragem *ad hoc* escolhido. Estas regras de arbitragem podem ignorar o assunto, deixá-lo aberto ou sujeito a interpretação.

Conforme previsto nas regras institucionais e *ad hoc* de arbitragem acima mencionadas, o poder de decidir sobre a obrigação de produzir prova escrita pertence ao tribunal arbitral, a menos que as partes tenham acordado sobre ele ou a menos que sejam suficientemente abrangidos pelas regras de arbitragem escolhidas pelas partes. Quando os árbitros decidirem sobre o procedimento a ser seguido na resolução do litígio, devem ficar atentos às qualidades especiais do litígio e que países e *sdictions juri* as partes estão submetidas.

Quando as partes vêm de ordenamentos jurídicos distintos, uma de *commow law* e outra de *civil law*, em que as regras relativas à obtenção de provas podem ser diferentes uns dos outros, os árbitros devem levar isso em consideração quando decidem sobre questões probatórias. Além disso, nas Regras da IBA sobre Evidência renovadas, destaca-se que os árbitros devem tomar a questão no início da arbitragem, quando questões práticas processuais estão sendo tomadas.

Se as partes não são capazes de acordarem quanto às questões probatórias aplicáveis, o recomendável é que os árbitros apliquem os princípios ou regras contidas nas Regras de Evidência da IBA, porque, como discutido acima, as Regras de Evidência da IBA tendem fortemente a refletir a prática de arbitragem internacional atual.

BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

Livros e Artigos

BERGER, Klaus Peter. **Private Dispute Resolution in international Business, Negotiation, Mediation, Arbitration**. Second Edition: Volume II: Handbook, 2009. Kluwer Law International B.V., the Netherlands.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2001.

_____. **International Arbitration: Cases and Materials**, 2011. Aspen Publisher, Inc.

BROCKER, Stefan. **Discovery in International Arbitration: the Swedish Approach**. Stockholm Arbitration Report, Volume 200 I: 2, pp. 19-32.

COE JR., Jack J. **International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context**. New York, 1997.

CRAIG, W. Laurence; PARK, WILLIAM W. & Paulsson. Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3rd Edition. New York, 2000.

DERAINS, Yves & Schwartz, Eric A.: **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**. The Hague: London & Boston, 1998.

EDWARDS, Amy. **Confidentiality in Arbitration: Fact or fiction**. International Arbitration Law Review, 2001, p. 94.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel & Goldman, BERTHOLD: Fouchard, GAILLARD, Goldman. **On International Commercial Arbitration**. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague, Boston & London, 1999.

LEW, Julian D.M. **Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence**, pp. 11-27 at Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publications No. 698, International Chamber of Commerce, 2009.

LEW, Julian; D. M.; Mistelis. Loukas A. & Kroll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague; London & New York, 2003.

MILES, Wendy - Schwarz, FRANZ T. **The International Comparative Legal Guide to: The International Arbitration 2004**, London 2003, pp. 1-5.

MOLLER, Gustaf. Todistelusta valimiesmenettelyssa. Juhlakirja Esko Hoppu 1935 - 15/1 - 2005. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja No 36. Gummeruksen Kirjapaino, Helsinki 2005.

Oakley-White, Oliver. **Confidentiality Revisited: Is International Arbitration Losing One of its Major Benefits?** International Arbitration Law Review. Vol 6. Issue I February 2003, p. 29.

PAULSSON, Jan & Rawding, Nigel. **The Trouble with Confidentiality**. ICC International Court of Arbitration Bullet. Volume 5/ Issue No. I -May 1994, p. 48.

SANDERS, Pieter. **The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation**. Kluwer Law International. The Hague, 2001.

SAVOLA, Mika. **Production of Documents in Finnish Arbitral Proceedings**. The International Bar Association (IBA) Committee D News, February 2003 issue.

SHORE, Laurence. **State courts and Document Production**, pp. 57-70 at Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publications n°. 698, International Chamber of Commerce, 2009.

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. **The Production of Documents in International Arbitration**. A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence. Arbitration International, Vol. 18 -No, pp. 411-430 and iv. pp. 1-11.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. Fifth Edition. Oxford University Press, 2009.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. Student Edition: London, 2003.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration Law and Practice**. Second revised edition: The Hague, London & Boston, 2001.

REED, Lucy; HANCOCK, Ginger. **US-Style Discovery: Good or Evil?** pp. 339-356 at Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publications No. 698: International Chamber of Commerce, 2009.

VARADY, Tibor; BARCELO III; JOHN, J; VON MEHREN, Arthur T. **International Commercial Arbitration**. A Transnational Perspective: St. Paul, 1999.

WEIGAND, Frank-Bernd. **Practitioner's Handbook on International Arbitration**: Munich, 2002.

Decisão de Arbitragem

ICC Case No. 5542 of 1987. Explained in Gary Born's book of International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2001.

Decisões de Cortes / Tribunais

Akzo Nobel. Judgment of the Court of First Instance (First Chamber) of 17 September 2007 – Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission (Joined Cases T- 125/03 and T-253/03).

Babcock Borsig AG. Judgment of the United States District Court, District of Massachusetts,

2008 WL 4748208.

Chiarella v. Viscount Indus Co. Judgment of the United States District Court, Southern District of New York, No. 92 CN 9310 1993 WL 497967 at 4 (S.D.N.Y. Dec. 1, 1993).

Coastal States Trading v. Zenith Navigation S.A. Judgment of the United States District Court, Southern District of New York, 446 F.Supp. 330 (S.D.N.Y., 1977).

Hallmark Capital Corp. Judgment of the United States District Court of Minnesota (D.Minn. June I, 2007).

Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, inc. Judgment of the United States Supreme Court, 542 U.S. 241 (2004).

National Broadcasting Co, Inc v. Bear Stearns & Co, Inc. Judgment of the United States Federal Court of Appeal, 165 F.3d 184 (2nd Cir. 1999).

Publicis Communication & Publicis SA v True North Communications inc. Judgment of the Seventh Circuit Federal Court of Appeal, 206 F. 3d 725 (ih Cir. 111. 2000).

Roz Trading Limited. Judgment of the United States District Court Northern District of Georgia, 469 F.Supp, 2d 1221 (N.D. Ga. 2006).

Leis de arbitragens

English Arbitration Act - Ato de Arbitragem Inglês

Finnish Arbitration Art - Ato de Arbitragem Finlandês

German Code of Civil Procedure - Código de Processo Civil Alemão

Swedish arbitration Act - Ato de Arbitragem Sueco

The Federal Arbitration Act - Ato Federal de Arbitragem

The United States Code - Código dos Estados Unidos

Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAV, Lei 31/86)