



Maria Inês Rodrigues das Neves Baptista Mata

AS INFERÊNCIAS NEGATIVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientadora: Professora Doutora Mariana França Gouveia, Professora da Faculdade
de Direito da Universidade Nova de Lisboa

junho de 2018



Maria Inês Rodrigues das Neves Baptista Mata

AS INFERÊNCIAS NEGATIVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientadora: Professora Doutora Mariana França Gouveia, Professora da Faculdade
de Direito da Universidade Nova de Lisboa

junho de 2018

Declaração de compromisso de anti plágio

Declaro, por minha honra, que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, junho de 2018

Maria Inês Mata

Agradecimentos

À Professora Mariana França Gouveia, o primeiro contacto nesta faculdade, sempre recetiva, disponível e prestável no que ao debate do tema abordado diz respeito.

Aos colegas da UMAC, que, mais que um local de aprendizagem, se tornou um refúgio de amizade nestes meses de investigação.

À família do Colégio e aos amigos da Clássica e da Nova, por conseguirem, simultaneamente, fazer o tempo parar e a vida passar mais rápido.

À Avó Bia, ao Avô Manel e ao Avô Francisco, pelas chamadas reconfortantes nas horas mais inconvenientes e pelos abraços calorosos em todas as visitas. À Titi, por estar sempre, mesmo quando não está.

À Mãe e ao Pai, sinónimos de casa, eternos exemplos de exigência, união e companheirismo, que nos ensinam, todos os dias, que sozinhos não chegamos a lado algum.

Ao meu irmão, e melhor amigo, que cresce comigo e me faz crescer com ele, lado a lado, para a vida.

Modo de citar e outras convenções

As primeiras citações feitas de uma obra, ao longo do texto, em nota de rodapé, indicam o Autor, a obra citada, em modo itálico, e a página ou páginas relevantes no contexto da citação. As primeiras citações feitas de artigos de publicações periódicas, ao longo do texto, em nota de rodapé, indicam o Autor, o título, entre aspas, o título da publicação, em modo itálico, e a página ou páginas relevantes no contexto da citação. A partir da segunda citação da mesma obra ou artigo, apenas é indicado o apelido do Autor, com referência à obra citada (*op. cit.*), e a página ou páginas relevantes no contexto da citação. Não são citadas várias edições de uma mesma obra e volume. A existirem mais do que uma obra ou artigo do mesmo Autor, ou de Autores com o mesmo apelido, serão diferenciados, em nota de rodapé, a partir da segunda citação, pelo ano de publicação.

A informação bibliográfica completa encontra-se na lista bibliográfica final. As obras são identificadas pelo Autor, o título, em modo itálico, o volume e a edição, se aplicáveis, o ano de publicação e o ISBN. Os artigos de publicações periódicas são identificados pelo Autor, o título, entre aspas, o título da publicação, em modo itálico, o volume e a edição, se aplicáveis, e o ano de publicação. Caso a obra ou artigo tenham sido consultados eletronicamente, é indicado, depois da data de publicação, o respetivo sítio da internet.

Todas as obras, artigos, acórdãos, decisões de tribunais estaduais e arbitrais lidos eletronicamente consideram-se consultados, pela última vez, no dia 14 de junho de 2018.

A lista de legislação, instrumentos de *soft law* e convenções, referidos ao longo do trabalho, e em vigor até junho de 2018, está organizada em ordem alfabética.

Salvo menção expressa, todas as traduções de regulamentos arbitrais, instrumentos de *soft law*, obras e artigos em língua estrangeira foram realizadas, para Português, nos termos do mais recente acordo ortográfico, que se adota neste trabalho, pela Autora.

Lista de abreviaturas

- AAA – *The American Arbitration Association*
- Ac. – Acórdão
- ALI – *The American Law Institute*
- Al. - Alínea
- Art. – Artigo(s)
- CAC – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
- CAP – *Cour d'appel de Paris*
- CAO – *Court of Appeal for Ontario*
- CC – Código Civil
- CCI – Câmara de Comércio Internacional
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Cf. – Conferir
- Cit. – Citado
- Cl. – *Claimant*
- CNI – Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras
- Coord. – Coordenador(a)(es)
- CPC – Código de Processo Civil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- Disp. – Disponível(is)
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- Ed. – Edição/Editor(es)
- EUA – Estados Unidos da América
- HCS – *High Court of Singapore*
- IAC – Instituto de Arbitragem Comercial
- IBA – *International Bar Association*
- ICDR – *International Centre for Dispute Resolution*
- ICJ – *International Court of Justice*
- ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*

ISBN – *International Standard Book Number*
IUSCT – *Iran – U.S. Claims Tribunal*
LAV – *Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa*
LCIA – *London Court of International Arbitration*
Op. cit. – obra citada
P. – Página(s)
PCA – *The Permanent Court of Arbitration*
PO – *Procedural Order*
Proc. – Processo
Resp. – *Respondent(s)*
SIAC – *Singapore International Arbitration Centre*
Sec. – Secção
UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*
UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law*

Declaração de conformidade do número de caracteres

Declaro que o corpo da tese, incluindo espaços e notas, contém 197 679 caracteres.

Declaro ainda que o resumo, incluindo espaços, contém 2 176 caracteres, e o *abstract*, incluindo espaços, 2 060 caracteres.

Lisboa, junho de 2018

María Inês Mata

Resumo

No presente trabalho, pretende-se abordar a temática das inferências negativas como consequência do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos de um tribunal arbitral, no contexto da arbitragem internacional. A especialidade deste regime na arbitragem prende-se com a necessidade de dotar os árbitros, na falta de *ius imperium*, de mecanismos passíveis de conduzir as partes, voluntariamente, a apresentar documentos exclusivamente na sua posse. Através das inferências, o tribunal pode deduzir que o documento solicitado e não apresentado é desfavorável à parte faltosa, provando o facto suscitado pela parte requerente. É aceite, quase unanimemente, pela doutrina e pela jurisprudência, arbitral e estadual, que este é um poder inerente ao exercício da função de árbitro, a aplicar casuística e excepcionalmente, por se tratar de uma regra de prova que deve ser suportada por elementos de prova adicionais e consistentes. Além disso, vem previsto em disposições de alguns diplomas legais de arbitragem, domésticos e internacionais, Regulamentos arbitrais e outros instrumentos não vinculativos. Destaca-se, em matéria de prova, as Regras da IBA sobre a obtenção de provas na arbitragem comercial internacional, que prevê, especialmente, no seu artigo 3.º, uma série de requisitos a que um requerimento de produção de documentos em posse da parte contrária deve obedecer. Uma vez ordenada a sua produção, se a parte requerida falhar na apresentação do respetivo documento, o artigo 9.º estabelece, como consequência, a possibilidade de o tribunal retirar uma inferência desfavorável à sua versão dos factos. Neste processo, e não só quando são aplicáveis as Regras da IBA, os árbitros devem, no entanto, ter em consideração alguns pressupostos de aplicação no caso concreto, devidamente propostos pela doutrina com base na reunião de orientações habitualmente seguidas em sentenças arbitrais. O objetivo é salvaguardar os requisitos mínimos do processo equitativo, sobretudo relacionados com a igualdade e os direitos de defesa das partes, bem como as suas expectativas, sem nunca esquecer que a arbitragem se caracteriza por um processo mais flexível e informal.

Palavras-chave: arbitragem internacional; prova; documentos; parte contrária; inferência negativa; processo equitativo.

Abstract

In the present essay, one intends to address the issue of adverse inferences as a consequence of non-compliance with an order to present documents of an arbitral tribunal, in the context of international arbitration. The special nature of this issue in arbitration relates to the need to provide arbitrators, in the absence of *ius imperium*, with mechanisms that may lead the parties voluntarily to submit documents in their possession. Through the inferences, the arbitral tribunal can infer that the document requested and not presented is unfavorable to the defaulting party, proving the fact raised by the opposing party. It is accepted, almost unanimously, by the doctrine and the jurisprudence of arbitral tribunals and state courts, that this is a power inherent in the exercise of the function of arbitrator, to be applied casuistically and exceptionally, since it is a rule of proof that must be supported by additional means of evidence. In addition, it is stipulated in provisions of some domestic and international arbitration legislation, arbitration rules and other non-binding instruments. It is worth noting that the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration provide, specifically in article 3, a series of prerequisites to which the opposing party must obey when producing the documents of application. Once ordered to produce, if the requested party fails to present its document, Article 9 establishes as a consequence, the possibility for the arbitral tribunal to draw an adverse inference to its version of the facts. In this process, and not only when the IBA Rules apply, arbitrators must, however, take into account certain criteria of application in the particular case, proposed by the doctrine and based upon the guidelines usually followed in arbitration awards. The purpose is to safeguard the principles of due process, in particular with regard to equality and the rights of the parties to present their cases, as well as their expectations, remembering that arbitration procedure is more flexible and informal.

Key-words: international arbitration; evidence; documents; opposing party; adverse inference; due process.

Introdução

A arbitragem traduz-se num meio alternativo de resolução de litígios de origem contratual no qual as partes confiam a decisão do seu conflito a um terceiro, o árbitro¹ (ou a um tribunal arbitral composto por vários árbitros). Este desempenha um papel de “julgador” da causa, devendo tomar uma decisão com base naquilo que as partes trouxeram ao processo. Ora, tal como num processo judicial, também o processo arbitral depende de uma fase de apresentação, produção e apreciação de prova, essencial na resolução do litígio a favor de uma das partes, já que estas, quando confiam aquela decisão a um terceiro, imparcial e independente, têm como objetivo ganhar.

Neste âmbito, o presente trabalho incidirá sobre as inferências negativas enquanto consequência do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos por uma das partes em litígio. Para se entender este tema, será feita, em primeiro lugar, uma breve referência à condução do processo arbitral, nomeadamente ao tratamento da matéria da prova documental, não só em diplomas legislativos, como em alguns regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada, e em instrumentos de *soft law*.

Em segundo lugar, será abordado, de forma mais detalhada, o mecanismo da obtenção de documentos em posse da parte contrária no processo arbitral², através da apresentação de um elenco de requisitos que o tribunal arbitral deve ter em conta para dirigir essa ordem a uma das partes.

Finalmente, uma vez preenchidos estes requisitos, no caso de a parte incumprir a ordem do tribunal arbitral, serão apresentadas as possíveis consequências, a nível processual, que a mesma poderá ter de acarretar, nomeadamente, a possibilidade de o árbitro dali retirar uma inferência negativa. Em matéria de prova, e sobretudo no contexto da arbitragem comercial internacional, muitos dos factos invocados pelas

¹ PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional*, p. 26.

² O estudo da obtenção de documentos em posse de terceiros, estranhos ao processo arbitral, fica, desde já, excluído deste trabalho, assim como a análise daquele mecanismo no âmbito do art. 429.º do CPC português, por não ser, necessariamente, aplicável à arbitragem.

partes só podem ser sustentados através de documentos que, muitas das vezes, se encontram na posse da parte contrária na disputa.

A especialidade deste regime na arbitragem implica que, na eventualidade da parte se recusar a apresentar os documentos solicitados pelo tribunal, oficiosamente ou por requerimento da parte contrária, possa ser considerada provada a versão factual que lhe é desfavorável. O interesse no estudo desta temática, em concreto, relaciona-se com o facto de ser pouco conhecida no nosso território, quer no que diz respeito à doutrina nacional, quer quanto à sua aplicação, ou falta dela, pelos centros de arbitragem institucionalizada e pelos tribunais portugueses. Deste modo, pelo peso que aquela consequência pode vir a ter numa decisão arbitral, afigura-se necessária a discussão da sua viabilidade, e dos critérios a que deve obedecer, numa arbitragem em que seja aplicável como lei da sede da arbitragem a lei portuguesa.

Capítulo I – A prova no processo arbitral

1. Considerações gerais

Perante um cenário de conflito, atual ou eventual, as partes podem voluntariamente recorrer à arbitragem³, confiando a decisão do seu problema a um terceiro⁴, em alternativa ao recurso aos tribunais estaduais. Por sua vez, aquela decisão traduz-se num ato jurisdicional que vincula as partes envolvidas no processo. Assim, a convenção de arbitragem delimita a competência do tribunal arbitral, representando o elemento privado deste meio alternativo de resolução de litígios, enquanto a força executiva da sentença arbitral simboliza o seu elemento público⁵.

Quanto às espécies de arbitragem comumente distinguidas, as partes podem optar por reconduzir a resolução do seu litígio a um tribunal arbitral especificamente constituído para esse efeito, mediante regras e procedimentos por si escolhidos. Alternativamente, podem submeter a sua controvérsia a um organismo, com carácter permanente e uma estrutura delineada, dotado de um conjunto de regras processuais próprias já definidas. No primeiro caso, estamos perante uma arbitragem *ad hoc* e no segundo perante uma arbitragem institucionalizada⁶.

Em qualquer das hipóteses, as partes gozam de uma larga margem de determinação das regras processuais aplicáveis à condução do seu litígio⁷, tendo como limites os princípios fundamentais do processo justo⁸, bem como as disposições imperativas da lei nacional do Estado em que a sentença arbitral possa ser alvo de revisão⁹: esta escolha, em geral, pode ter lugar na própria convenção de arbitragem

³ Segundo SILVA, Artur Flamínio da, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, p. 349, a arbitragem necessária, que não será estudada no presente trabalho, é imposta por lei, não derivando da vontade das partes.

⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, p. 16.

⁵ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 120; MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, p. 591.

⁶ VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, p. 29 e 30.

⁷ Esta opção está expressamente consagrada em várias leis nacionais, designadamente no art. 30.º, n.º 2, da LAV, no art. 24.º, n.º 1, da *Ley de Arbitraje* espanhola, no art. 1464.º do CPC francês, e na sec. 1042 (3) do CPC alemão.

⁸ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, p. 2130 e 2131.

⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 644 e 645.

ou em escrito posterior; ou pode resultar da remissão para um regulamento de um centro de arbitragem institucionalizada que, com certas adaptações, poderá ser aplicável a qualquer tipo arbitragem¹⁰; finalmente, pode ainda resultar da remissão para “legislações nacionais ou quaisquer outros instrumentos normativos”¹¹.

Neste seguimento, o conjunto de regras processuais, livremente escolhido pelas partes¹², poderá incluir algumas disposições relacionadas com a admissibilidade, a obtenção e a produção de certos meios de prova. A fase de preparação e produção de prova de um processo revela-se essencial na resolução de litígios submetidos à apreciação de qualquer tribunal, quer seja judicial quer seja arbitral. Não importa, neste aspeto, distinguir entre jurisdições, já que em ambos os casos importa a demonstração da verdade dos factos a um terceiro, inicialmente alheio ao que levou as partes a quererem resolver a sua demanda, demonstração que pode ser feita através dos elementos de facto trazidos ao processo, além das considerações de direito.

Relativamente ao processo arbitral, são relevantes as questões relacionadas com a prova, e alguns meios de prova em concreto, sobretudo no panorama da arbitragem voluntária internacional¹³, tendo em conta a sua recente evolução e consolidação enquanto meio alternativo de resolução de litígios face à justiça tradicional dos Estados. Mais concretamente, em matérias relativas ao comércio e às transações entre empresas, as partes garantem, em princípio, vantagens como a celeridade, a informalidade e a confidencialidade¹⁴ se acordarem em recorrer à arbitragem.

Sobretudo naquele tipo de relações comerciais, os direitos e obrigações das partes ficam normalmente estabelecidos em contratos celebrados por escrito, facilmente acessíveis através de suportes físicos ou eletrónicos. Perante o surgimento de um conflito, estes e outros documentos serão, inquestionavelmente, relevantes para um terceiro, alheio à disputa, conhecer do objeto do litígio e fundamentar a

¹⁰ CAMELO, António Sampaio, *Direito da Arbitragem*, p. 155; PINHEIRO, *op. cit.*, p. 86.

¹¹ GOUVEIA, *op. cit.*, p. 234.

¹² Ou, na sua falta, escolhido pelo próprio tribunal arbitral.

¹³ Entendida como a que versa sobre “litígios emergentes de relações jurídicas internacionais”, de acordo com VICENTE, *op. cit.*, 1990, p. 38.

¹⁴ JÚDICE, José Miguel, *Produção de Prova*, p. 2.

decisão que terá de tomar, independentemente de outros meios de prova admissíveis no processo¹⁵.

Contudo, é importante ter em conta que é muito frequente, sobretudo nas arbitragens relativas a relações comerciais, a participação, não só de partes oriundas de distintos sistemas jurídicos, como de árbitros e advogados também eles provenientes de diferentes culturas jurídicas e ambientes socioeconómicos. Neste âmbito, consideraremos as regras relativas à condução do processo arbitral, especialmente no que diz respeito à matéria da prova, constantes não só de alguns diplomas legislativos, como também de vários regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada e instrumentos de *soft law*.

1.1 Os diplomas legislativos

No que diz respeito à justiça tradicional dos Estados, são internacionalmente reconhecidas as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos continentais (de *civil law*), de que fazem parte países como Alemanha, Espanha e Portugal, e os anglo-saxónicos (de *common law*), onde se incluem os Estados Unidos da América e o Reino Unido¹⁶. Apesar de esta distinção não ser tão linear como aparenta, tendo em conta a singularidade dos próprios sistemas nacionais, a principal dissemelhança, em matéria de prova, traduz-se no papel do juiz e das partes na sua recolha e apresentação¹⁷.

Enquanto na larga maioria dos países de *common law* a iniciativa quanto à recolha de prova recai sobretudo sobre as partes e o juiz assume um papel passivo, limitando-se a fiscalizar a aplicação das regras da prova, nos países de *civil law* o juiz adota uma posição mais ativa na condução do processo e na recolha de prova¹⁸, designadamente quanto aos documentos em posse, exclusiva, de uma das partes.

Perante este panorama, também a arbitragem internacional tem vindo a deparar-se com o desafio de harmonizar e atenuar as diferenças existentes entre os diversos sistemas jurídicos, nomeadamente em relação às regras alusivas à condução

¹⁵ SANTOS, Rita Nunes dos, “A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral”, in *O Direito*, p. 224.

¹⁶ BORN, op.cit., p. 2204.

¹⁷ BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 376.

¹⁸ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (Ed.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, p. 253 e 254; CAMELO, op. cit., p. 158.

do processo arbitral. Em especial, o objetivo principal é tutelar as expectativas das partes no procedimento arbitral, garantindo, independentemente do seu *background*, “algum nível de previsibilidade, certeza e igualdade nas decisões a proferir quanto ao acesso à prova documental”¹⁹.

1.1.1 A Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

Quanto aos diplomas legais mais relevantes, e seguindo o exemplo dado pela CNI, celebrada a 10 de junho de 1958, realçamos, em primeiro lugar, o papel preponderante da Lei-Modelo da UNCITRAL²⁰, na elaboração das legislações nacionais sobre arbitragem internacional.

O art. 19.º, n.º 1 da Lei-Modelo prevê que as partes são livres de acordar quanto ao procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do processo. Na falta desse acordo, o tribunal arbitral poderá conduzir a arbitragem da forma que considerar mais adequada, o que inclui o poder de determinar a admissibilidade, relevância, pertinência e o valor de qualquer meio de prova, produzida ou a produzir (art. 19.º, n.º 2). Caso uma parte, sem apresentar uma explicação adequada, não produza uma prova documental, o tribunal arbitral poderá continuar o procedimento e decidir com base nas provas apresentadas (art. 25.º, al. c))²¹.

Além disso, é também importante referir o diploma relativo às Regras de arbitragem da UNCITRAL²², que apresenta um conjunto de regras relativas ao processo arbitral que podem ser escolhidas pelas partes, na convenção de arbitragem, para regular o seu conflito.

Nesta eventualidade, o seu art. 17.º, à semelhança da Lei-Modelo, atribui poderes de gestão do processo ao tribunal arbitral, que pode conduzi-lo da forma que achar mais adequada, com a salvaguarda da promoção de um processo justo e eficiente na resolução da disputa entre as partes, evitando, sempre que possível, atrasos e custos desnecessários (n.º 1).

¹⁹ SANTOS, *op. cit.*, p. 226.

²⁰ Adotada em 1985 e alterada em 2006.

²¹ Esta é a solução prevista na sec. 1048 (3) do CPC alemão.

²² Adotado em 1976, revisto em 2010 e com uma alteração em 2013.

Relativamente à matéria da prova, estabelece o art. 27.º que cada parte tem o ónus de provar os factos que fundamentam o seu pedido ou que são alegados na respetiva defesa (n.º 1). Além disso, a qualquer momento do procedimento arbitral, o tribunal pode pedir às partes para, num prazo por si determinado, produzirem certos documentos ou outros meios de prova (n.º 3), sendo que é o próprio tribunal arbitral que vai determinar a sua admissibilidade, relevância, pertinência e valor (n.º 4).

1.1.2 A Lei de Arbitragem Voluntária

A recente expansão e divulgação dos meios de resolução alternativa de litígios, a nível nacional, não se relaciona apenas com a necessidade de responder à ineficiência da justiça estadual, retirando processos dos tribunais, o que compromete o seu prestígio e a sua autoridade²³. Surge também a necessidade de melhorar qualitativamente a Justiça disponibilizada ao cidadão, oferecendo meios que abordem o litígio de forma diferente e procurem a melhor solução do caso concreto²⁴.

Neste contexto, em Portugal, a arbitragem tem sido utilizada, por um lado, em pequenos litígios, designadamente de consumo, com o apoio económico estatal, e, por outro lado, em litígios com um valor económico significativo, geralmente entre empresas que procuram uma resolução mais rápida do seu problema, adequada ao caso concreto²⁵. Desta forma, contornam-se dificuldades de acesso ao Direito, como as relacionadas com os custos que envolvem o recurso aos tribunais judiciais, e garantem-se vantagens como a confidencialidade e a maior informalidade dos processos.

Prova daquele desenvolvimento foi a aprovação, em 2011, da LAV em Portugal, com inspiração na referida Lei-Modelo da UNCITRAL, que veio “apostar decididamente num maior recurso à arbitragem”, já que nela se estabelece um regime “mais completo, mais flexível, mais eficiente e autónomo”²⁶.

²³ SILVA, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça: Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, p. 21.

²⁴ GOUVEIA, *op. cit.*, p. 25.

²⁵ CARVALHO, Jorge Morais; GAROUPA, Nuno; GOUVEIA, Mariana França; MAGALHÃES, Pedro; PINTO-FERREIRA, João Pedro, *Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 51.

²⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária*, p. 32.

O capítulo V da LAV dedica-se à condução do processo arbitral, sendo que os seus oito artigos evidenciam que uma das suas características principais é a flexibilidade no que toca ao procedimento a adotar²⁷, designadamente o n.º 5 do art. 30.º, que prevê que o tribunal poderá definir as regras processuais consideradas adequadas, conduzindo a arbitragem do modo mais apropriado.

Em matéria de prova, os poderes do tribunal incluem a determinação da “admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir” (n.º 4). O n.º 5 salvaguarda o dever de sigilo sobre as informações e documentos obtidos no âmbito do processo arbitral, sem prejuízo “do direito de as partes tornarem públicos os atos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”.

Por sua vez, o art. 33.º prevê que ambas as partes podem juntar, respetivamente, à petição e à contestação os documentos que julgarem necessários, bem como nelas mencionar outros documentos ou meios de prova que venham a apresentar mais à frente no processo (n.º 2).

Neste âmbito, o art. 34.º determina que será também o tribunal a decidir sobre a realização de audiências para a produção de prova, salvo acordo das partes em sentido contrário, devendo realizar uma ou mais audiências sempre que uma delas o requeira (n.º 1). O n.º 3 obriga que “todas as peças escritas, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à outra parte (...)”, bem como qualquer outro “elemento de prova documental que possa servir de base à decisão do tribunal”.

O art. 35.º estabelece uma série de regras supletivas (n.º 5) no caso de faltas ou omissões de qualquer uma das partes, nomeadamente, se uma delas deixar de “produzir prova documental no prazo fixado, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada” (n.º 3).

Finalmente, o art. 38.º prevê um mecanismo de solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de prova, quando esta dependa da vontade das partes ou de terceiros e estes se recusem a colaborar. Se assim for, uma das partes pode solicitar

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto, “Flexibilização do Procedimento Arbitral” in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, p. 170 e 171.

ao tribunal judicial competente, nos termos do artigo 59.º, n.º 4, “com a prévia autorização do tribunal arbitral”, que a prova seja perante ele produzida, sendo os resultados posteriormente reconduzidos ao tribunal arbitral (n.º 1).

1.1.2.1 Os princípios fundamentais do processo justo e a aplicação das regras do Processo Civil

A autonomia mencionada quanto à escolha das regras do procedimento arbitral, pelas partes ou pelo próprio tribunal, e a flexibilidade inerente aos poderes de gestão do processo conferidos aos árbitros têm limites. Não só em Portugal como em muitos outros sistemas jurídicos, esses limites traduzem-se, essencialmente, nos princípios fundamentais do processo justo ou equitativo²⁸, estabelecidos no n.º 1 do art. 30.º da LAV.

As garantias do processo justo, constitucionalmente refletidas no art. 20.º, n.º 4 da CRP, incluem, no geral, a citação do demandado, a igualdade de tratamento das partes, a concessão de uma oportunidade razoável de fazer valer os direitos a ambas, e o princípio do contraditório. Nos termos do art. 46.º, n.º 3, al. a), *ii*), a violação de alguns dos princípios referidos constitui fundamento de impugnação da sentença arbitral, desde que essa violação tenha “influência decisiva na resolução do litígio”²⁹.

Neste âmbito, “um dos níveis em que opera o controlo estadual da arbitragem é justamente o da impugnação das decisões arbitrais “nacionais” junto dos tribunais estaduais”, traduzindo-se aquele controlo estadual numa “contrapartida necessária da atribuição de eficácia jurisdicional à decisão arbitral”³⁰.

Além dos princípios fundamentais expressamente consagrados naquela norma da LAV, devem ser considerados outros princípios inominados, espelhados noutras disposições deste diploma, como é o caso dos “princípios da *boa fé* e da *colaboração* entre tribunal e partes, revelados, por exemplo, no artigo 34.º da LAV”³¹.

²⁸ Expressamente consagrados nos art. 10.º da DUDH e 6.º, n.º 1, da CEDH, e largamente desenvolvidos, a nível internacional, nos “Princípios do Processo Civil Transnacional” elaborados, em conjunto, pela ALI e pela UNIDROIT.

²⁹ Cf. PEREIRA, Patrícia da Guia, “Fundamentos de Anulação da Sentença Arbitral: Perspetivas de *Iure Condito* e de *Iure Condendo*” in *O Direito*, p. 1067 e 1068.

³⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, “Recurso e Anulação da Decisão Arbitral: Admissibilidade, Fundamentos e Consequências” in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, 2008, p. 181.

³¹ VICENTE, Dário Moura (Coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 378.

Contudo, é necessária uma especial atenção na transposição das regras que traduzem os princípios fundamentais do processo justo no processo civil para a arbitragem, já que “o não cumprimento destas regras não corresponde inevitavelmente à violação dos princípios no âmbito do processo arbitral”, devendo ser feita uma análise casuística em função “da situação concreta e das regras processuais específicas que o regulam”³².

Aliás, esta especial atenção deve ser tida não só quanto à aplicação das garantias mínimas do processo justo à arbitragem, como na aplicação das regras do processo civil, em geral, a qualquer meio de resolução alternativa de litígios. A última parte do n.º 3 do art. 30.º da atual LAV prevê que o tribunal arbitral deve “explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”. Caso esta explicitação não seja feita, “deve presumir-se – como é boa prática das arbitragens internacionais – que o CPC não é relevante para o processo arbitral”³³.

Qualquer lei processual, nacional ou estrangeira, não foi elaborada para regular o processo arbitral em particular, tendo em conta que se baseia em pressupostos e se enquadra num contexto diferentes do que é característico da arbitragem. Claro que nada obsta à utilização de conceitos próprios do processo civil, mas outra coisa é a aplicação, por analogia, do seu regime jurídico³⁴. Deste modo, o árbitro poderá recorrer aos conceitos e a um regime idêntico ao estabelecido no CPC para conduzir o processo arbitral, caso as partes não tenham estabelecido normas convencionais, ou decidido recorrer ao regulamento de uma instituição arbitral para regular o respetivo procedimento.³⁵

1.2 Os Regulamentos Arbitrais

É também importante conhecer as regras sobre a obtenção e produção de prova constantes dos regulamentos arbitrais mais relevantes a nível internacional e

³² GOUVEIA, *op. cit.*, p. 259.

³³ VICENTE, *op. cit.*, 2015, p. 85.

³⁴ Segundo GOUVEIA, *op. cit.*, p. 235, esta opção é “contraditória com a natureza alternativa da arbitragem.”

³⁵ BARROCAS, Manuel Pereira, “A Prova no Processo Arbitral” in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, p. 152.

nacional, tendo em conta que podem ser escolhidos pelas partes como o instrumento processual que vai regular um procedimento arbitral em concreto.

Nem todos os regulamentos permitem a sua utilização em arbitragens *ad hoc*³⁶, em que o tribunal arbitral é designado pelas partes para, exclusivamente, decidir sobre um determinado conflito. Pelo contrário, se as partes acordarem, na convenção de arbitragem (ou em escrito posterior), recorrer, por exemplo, ao Regulamento do CAC, presume-se que aceitam que a arbitragem seja administrada pelo centro a ele associado, tratando-se, neste caso, de uma arbitragem institucionalizada.

Assim, a análise às regras constantes dos regulamentos arbitrais será relevante para perceber a profundidade de tratamento das questões que possam vir a surgir na condução do processo arbitral, nomeadamente quanto à obtenção e produção de prova documental. Este meio de prova serve de base ao tema que se pretende estudar neste trabalho, as inferências negativas, pelo que vale a pena perceber quais as disposições que podem vir a regular o mecanismo da obtenção de documentos em posse da parte contrária, e se estão previstas sanções em caso de incumprimento da ordem do tribunal arbitral.

1.2.1 Câmara de Comércio Internacional

O atual Regulamento de Arbitragem da CCI³⁷ versa sobre a matéria da prova documental nos art. 4.º, n.º 3, e 5.º, n.ºs 1 e 5, que preveem, respetivamente, que tanto o requerente como o requerido podem apresentar, junto com o requerimento, a resposta ou a reconvenção, “qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente”.

Nos termos do seu art. 22.º, referente à condução da arbitragem, esta deve ser feita “de forma expedita e eficiente quanto aos custos”, tendo sempre em conta a complexidade e o valor da causa (n.º 1). Neste âmbito, pode o tribunal arbitral adotar as medidas procedimentais que considerar necessárias, desde que não sejam contrárias ao acordo das partes (n.º 2), que se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal (n.º 5).

³⁶ Cf. art. 1.º, n.º 2, do Regulamento da CCI; 2.º, n.º 1, do Regulamento do CAC; 1.º, n.º 3, do Regulamento da AAA.

³⁷ Adotado em 2012 e alterado em 2017.

Já o art. 25.º, relativo à instrução da causa, prevê que o tribunal arbitral poderá, a qualquer momento no decorrer do procedimento, determinar a uma parte que forneça provas adicionais (n.º 5). Quanto à tomada de decisões relativas a custos, o art. 38.º, n.º 5, prevê que “o tribunal arbitral deverá considerar quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos.”

1.2.2 The London Court of International Arbitration

Também segundo as regras arbitrais do Regulamento da LCIA³⁸, os documentos que sustentam a posição do *Cl.* devem acompanhar o respetivo requerimento de Arbitragem, nos termos do art. 1.º, n.º 1, al. (ii), o mesmo sucedendo com a resposta por parte do *Resp.* (art 2.º, n.º 1, al. (vi)).

Quanto à condução do processo arbitral, o art. 14.º determina que um dos deveres do tribunal consiste na adoção de um procedimento adaptado às circunstâncias concretas do caso, evitando atrasos e despesas desnecessárias, de forma a promover um processo justo e eficiente com vista à resolução do litígio entre as partes (n.º 4, al. (ii)). Por outro lado, são também as partes que durante todo o processo arbitral, devem adotar uma conduta pautada pela boa-fé, com vista a uma condução eficaz do procedimento (n.º 5).

Em relação à matéria da prova, o art. 22.º confere uma série de “poderes adicionais” ao tribunal arbitral, designadamente o de, oficiosamente ou por requerimento de uma das partes, ordenar a qualquer uma delas que produza documentos (ou as respetivas cópias) considerados relevantes e que estejam em sua posse, poder, ou sob sua custódia (n.º 1, al. (v)).

1.2.3 The American Arbitration Association

A versão em vigor, desde 1 de junho de 2014, dos “Procedimentos para a Resolução de Disputas Internacionais” da AAA inclui o seu regulamento de arbitragem, traduzido para diversos idiomas pelo ICDR, que se trata da divisão internacional daquela Associação.

³⁸ Adotado em outubro de 2014.

O seu art. 20.º, relativo à condução do procedimento, estabelece que o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo considerado mais adequado, desde que sejam respeitados certos requisitos mínimos relativos ao princípio do processo equitativo, como a igualdade de armas e o contraditório (n.º 1).

Partindo do princípio de que é o próprio tribunal que determina “a admissibilidade, relevância e importância das provas apresentadas” (n.º 6), tendo em vista “uma solução célere para o conflito” (n.º 2), aquele pode, por exemplo, indeferir provas consideradas irrelevantes ou desnecessárias (n.º 3) ou, pelo contrário, determinar, a qualquer momento, a produção de “documentos, anexos ou outras provas” que julgue apropriados (n.º 4). Por fim, o tribunal pode ainda “alocar custas e determinar inferência negativa”, salvaguardando, deste modo, “a eficiência e a integridade do procedimento arbitral” (n.º 7). Estas são possíveis consequências que uma das partes poderá ter de acarretar se incumprir uma ordem de produção de documentos, por exemplo, e que serão mais à frente analisadas.

Quanto à produção de prova, se as partes acordarem em sentido contrário ao referido n.º 4 do art. 20.º, deverá ser aplicado o disposto no art. 21.º, que diz respeito à troca de informações. Neste âmbito, o principal desafio é encontrar um ponto de equilíbrio entre a eficiência, economia processual e objetivos como o de assegurar a igualdade de armas entre as partes e o princípio do contraditório (n.º 1). Em todo o caso, é ao tribunal que compete a administração da troca de informações entre as partes, sendo que estas devem promover “o intercambio de todos os documentos em que pretendem fundamentar as suas alegações” (n.º 3).

Assim, mediante requerimento de uma delas, o tribunal poderá determinar que uma das partes apresente documentos em seu poder, indisponíveis à contraparte, mediante certos requisitos e de acordo com um procedimento específico (n.º 4), que serão abordados noutra capítulo deste trabalho. Mais uma vez, em caso de incumprimento de uma ordem do tribunal referente à troca de informações, este poderá daí retirar uma inferência negativa (n.º 9).

1.2.4 Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa

O atual Regulamento do CAC não foge à tendência de conceder amplos poderes de gestão processual ao tribunal arbitral. Este, segundo o art. 18.º, pode fixar “regras processuais que não contendam com as disposições inderrogáveis” do regulamento, conduzindo o processo da forma que considerar concretamente mais adequada (n.º 1). Neste âmbito, os árbitros devem “promover a celeridade e a eficiência e dar às partes uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, sempre com respeito pelos princípios da igualdade e do contraditório” (n.º 3), o que se traduz numa clara manifestação do respeito pelos requisitos mínimos do *due process*.

Por outro lado, o n.º 3 do art. 18.º do regulamento prevê que também as partes podem estabelecer regras processuais que não contendam com as suas disposições inderrogáveis, com a limitação de que a eficácia da convenção sobre regras processuais, posterior ao início do processo arbitral, está sujeita à autorização do Presidente do Centro, tanto antes como depois de o tribunal arbitral ser constituído (n.º 4).

Quanto à matéria da prova, e nos termos do art. 31.º, compete ao tribunal arbitral o papel de “determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir” (n.º 1). A instrução deve ter lugar num curto espaço de tempo, podendo o tribunal recusar as diligências, requeridas pelas partes, que considerar desnecessárias para a decisão da causa, mas devendo realizar uma audiência para produção de prova quando lhe seja solicitada (n.º 2).

Em relação à prova documental, o n.º 3 do art. 31º estabelece, na al. b), o poder do tribunal, oficiosamente ou por requerimento das partes, ordenar a entrega de documentos em poder daquelas ou de terceiros³⁹. As partes devem, contudo, fazer acompanhar os respetivos articulados dos documentos probatórios das posições por si sustentadas e dos factos invocados, constituindo uma exceção a apresentação de novos documentos, dependente da autorização prévia do tribunal arbitral (n.º 4).

³⁹ O mesmo poder é concedido ao tribunal arbitral pelo art. 34.º, n.º 3, al. b), do Regulamento de Arbitragem do IAC, em vigor desde 01/06/15.

1.3 Os instrumentos de *soft law*

No contexto da arbitragem voluntária internacional têm vindo a ser desenvolvidos esforços no sentido de criar instrumentos que possam auxiliar, não só os árbitros e os advogados no desempenho das respetivas funções, como também as partes na configuração das regras que irão regular o processo arbitral. Exemplo disso é o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido pela IBA desde 1947: uma das suas contribuições, na área da arbitragem, traduz-se na criação de conjuntos de regras e guias práticos a que as partes podem recorrer na configuração de qualquer processo.

Importa, além disso, fazer referência às Diretrizes para a redação de cláusulas de Arbitragem Internacional e às Regras sobre a produção de prova na Arbitragem Comercial Internacional (designadas, daqui em diante, por Regras da IBA). Este último instrumento revela-se especialmente preponderante no tema deste trabalho, tendo em conta que estabelece os requisitos a ter em conta numa ordem de apresentação de prova documental dirigida às partes. Tal como se constatará, trata-se de um mecanismo com uma considerável aplicação prática, a que as partes frequentemente recorrem, tido em conta não só pela doutrina a nível internacional, como pelos próprios tribunais arbitrais na condução do processo e nas decisões adotadas.

1.3.1 As Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional

Cumpre mencionar, em primeiro lugar, estas Diretrizes, adotadas em 2010, que, de acordo com o seu prefácio, “foram elaboradas para auxiliar na obtenção de cláusulas arbitrais que incorporem a vontade das partes sem ambiguidades”⁴⁰. Também nos termos do prefácio, as presentes orientações apresentam um elemento inédito face a outras publicadas pela IBA, já que foram desenvolvidas não só com o objetivo de auxiliar os especialistas em arbitragem, “mas, especialmente, advogados internos de empresas e advogados de negócios comumente envolvidos na redação de contratos, sem familiaridade com as complexidades da arbitragem”.

⁴⁰ Os trechos citados destas Diretrizes constituem uma tradução não oficial, preparada por Eduardo Damião Gonçalves, com a colaboração e revisão de Daniel Aun.

O seu capítulo relativo à redação de elementos opcionais prevê, na 2.^a opção, que “embora a extensão da produção de documentos e troca de informações em matéria de arbitragem internacional varie caso a caso e de árbitro para árbitro, as partes geralmente são obrigadas a produzir determinados documentos (incluindo documentos internos) que se mostrem relevantes e essenciais para a disputa”.

Uma das opções que as partes têm em relação à produção de informação ou de documentos é a adoção das Regras da IBA, sendo que as suas Diretrizes sugerem uma cláusula, nas Cláusulas Recomendadas, que pode ser utilizada como norma imperativa, ou simplesmente como orientação. Esta constitui uma alternativa viável perante o panorama de, por um lado, serem as partes a desenvolver um procedimento próprio no que diz respeito à matéria da produção de prova, ou, por outro, remeterem-se ao silêncio quanto a essa questão, invocando as regras subsidiárias da lei de arbitragem aplicável.

1.3.2 As Regras da IBA sobre a produção de prova na Arbitragem Comercial Internacional

As Regras da IBA são uma versão revista das anteriores Regras de 1999, adotada no ano de 2010. Nos termos do seu prefácio, as partes e os árbitros podem expressamente adotar este conjunto de regras para regular o seu caso, ou apenas algumas delas, podendo ainda a elas recorrer como um mero guia para desenvolverem um procedimento próprio. Elas não têm, todavia, o intuito de limitar a flexibilidade e o maior informalismo característicos da arbitragem, sendo as partes e os árbitros livres de adaptarem-nas às circunstâncias concretas de cada caso.

Além disso, este conjunto de regras foi pensado para complementar o disposto nas regras legais, institucionais, *ad hoc* ou quaisquer outras aplicáveis ao processo arbitral por acordo das partes, colmatando eventuais lacunas intencionalmente deixadas por preencher nos regulamentos das instituições arbitrais, por exemplo, no que diz respeito à obtenção de prova. O princípio por detrás deste instrumento de *soft law* é a promoção de um “processo justo, económico e eficiente” na obtenção de prova, tendo em conta o constante desenvolvimento da arbitragem internacional, a

sua crescente complexidade e a dimensão cada vez mais considerável de muitos processos⁴¹.

À semelhança dos instrumentos legais *supra* mencionados, o art. 9.º das Regras da IBA confere ao tribunal arbitral o poder determinar a admissibilidade, relevância, pertinência e o valor de qualquer meio de prova. No que diz respeito ao tema da prova documental em concreto, nos termos da secção de definições das Regras da IBA, um documento traduz-se num “escrito, comunicação, fotografia, desenho, programa ou dado de qualquer tipo, quer esteja gravado ou seja mantido em papel ou eletronicamente, por áudio, vídeo ou qualquer outro meio”.

Por sua vez, o art. 3.º das Regras da IBA dedica-se inteiramente à obtenção de documentos, prevendo-se, de forma genérica, que “cada parte deve submeter ao tribunal arbitral e às restantes partes todos os documentos de que dispõe e que fundamentam o seu pedido ou suportam a sua defesa, incluindo documentos públicos ou que pertençam ao domínio publico, com a exceção daqueles que já foram anteriormente fornecidos por outra parte” (n.º 1).

Os n.ºs 2 a 8 do referido art. preveem um mecanismo de requerimento de produção de prova adicional, após a junção voluntária de documentos pelas partes, que será detalhadamente analisado mais à frente. Além deste requerimento a realizar por iniciativa da parte, pode o tribunal arbitral, a qualquer momento, requerer às partes documentos que considere relevantes, quer estejam na sua posse ou em poder de qualquer outra pessoa ou organização (n.º 10).

Por fim, o n.º 2 do art. 9.º apresenta um conjunto de objeções que podem ser suscitadas pela parte requerida em oposição ao pedido de produção de documentos feito pela contraparte, enquanto o n.º 5 do mesmo art. prevê a possibilidade de o tribunal arbitral retirar inferências negativas do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos.

⁴¹ UGHI, Giovanni; KREINDLER, Richard (coord.), *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 3.

1.4 Síntese conclusiva

Em suma, quanto às normas constantes dos diplomas legais, dos regulamentos arbitrais e dos instrumentos de *soft law* analisados, os principais pontos em comum relativamente à condução do processo arbitral, em especial em relação à matéria da prova, podem resumir-se a três: o amplo poder do tribunal arbitral na gestão do processo, a regra da apresentação de documentos pelas partes com as respetivas peças processuais e a possibilidade de ser requerida a junção de provas adicionais no decorrer do procedimento arbitral.

No geral, o tribunal arbitral goza de uma ampla margem de discricionariedade na gestão do processo, que deve ser feita de forma justa e eficiente, com o limite do respeito pelos requisitos mínimos do processo equitativo. Apesar de ter de ser respeitado o que for acordado pelas partes, estas devem comprometer-se a cumprir as ordens do tribunal e a pautar a sua conduta pela boa-fé. Em relação à matéria da prova, os documentos devem ser apresentados pelas partes juntamente com o requerimento, a resposta ou a reconvenção, de forma a sustentarem as posições e os factos alegados, sendo que, em última instância, é o tribunal que determina a admissibilidade, a relevância e a importância da prova produzida ou a produzir.

De uma forma geral, o tribunal arbitral pode determinar, ao longo do processo arbitral, a qualquer uma das partes, por iniciativa própria ou a pedido de uma delas, que forneça provas adicionais, como a apresentação de documentos em sua posse. Em caso de recusa, o Regulamento da AAA prevê, especialmente, a possibilidade de determinar a inferência negativa, assim como as Regras da IBA.

As normas mencionadas não deixam, contudo, de representar uma regulação insuficiente, escassa, daquilo que o presente trabalho pretende tratar, precisamente porque o objetivo da arbitragem não passa por regular exhaustivamente o próprio procedimento arbitral, que se caracteriza pela flexibilidade e pela informalidade. Como consequência, muitas das questões são deliberadamente deixadas na disponibilidade das partes, que podem, por acordo, recorrer a outros instrumentos e guias práticos que incidem, designadamente, sobre o tema da prova.

Capítulo II – A obtenção de documentos em posse da parte contrária

2. Considerações gerais

No presente capítulo será abordado o tema da obtenção e produção de prova documental, em especial no contexto da arbitragem internacional, e tendo em conta a aplicação das Regras da IBA ao caso concreto. As partes podem determinar, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior até à aceitação do primeiro árbitro, as regras de processo a aplicar⁴², designadamente, as Regras da IBA. Salvo convenção em contrário das partes, não está previsto um direito processual com vista ao requerimento de produção de documentos em posse da parte contrária, o que não invalida a verificação frequente, na prática arbitral, e nos termos das expectativas dos seus intervenientes, uma fase de produção de documentos, nos termos a definir pelo tribunal arbitral.⁴³ As partes podem, contudo, optar por prever expressamente a possibilidade daquele requerimento, no caso concreto, estabelecendo requisitos mais ou menos limitativos para a sua admissibilidade, as condições em que podem ser recusados, ou até as eventuais consequências do seu incumprimento.⁴⁴

A estipulação das regras pelas partes pode decorrer da remissão para qualquer regulamento de uma instituição arbitral ou para a Lei-Modelo da UNCITRAL, por exemplo, e ainda para qualquer instrumento de *soft law*, como as Regras da IBA sobre produção de prova, ficando as partes contratualmente vinculadas às mesmas. Este corpo de normas, que pode ser adotado, na falta de acordo das partes, por opção do tribunal arbitral, prevê explicitamente o mecanismo da obtenção de documentos em posse da parte contrária, que pode vir a revelar-se crucial para a decisão do litígio submetido pelas partes a arbitragem. Grande parte da atividade desenvolvida no âmbito de relações comerciais desenvolve-se, como foi referido, através de comunicações e acordos que ficam registados⁴⁵, em papel ou sob o formato

⁴² Art. 30.º, n.º 2, da LAV.

⁴³ LOUSA, Nuno Ferreira, “Produção de Prova em Arbitragens Internacionais: em especial, a apresentação de prova documental em poder da parte contrária” in *VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, p. 47.

⁴⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁵ Nas palavras de CORDEIRO, *op. cit.*, p. 300, “a arbitragem é, queira-se ou não e no fundamental, um procedimento de *dossiers*. A prova fundamental é conduzida por documentos, designadamente nos

eletrônico, mas pode ser importante prever a possibilidade de as partes poderem consultar ou obter outros documentos em posse da contraparte⁴⁶.

Este mecanismo de obtenção de prova deve, porém, ser sujeito ao cumprimento de algumas exigências, como as que vêm previstas nas Regras da IBA, que o tribunal arbitral deverá ter em conta mesmo que a elas recorra como um mero “guia” no processo. Assim, será apresentado este elenco de requisitos que a parte deve seguir nos pedidos de produção de prova que submete à contraparte e ao tribunal arbitral, do qual dependerá o sucesso da sua pretensão, bem como o conjunto de objeções que podem ser suscitadas na oposição àquele pedido. Por fim, será feita uma breve apresentação da prática generalizadamente adotada, pelos intervenientes no processo, no que diz respeito a estes requerimentos de produção de prova, de forma a agilizar os procedimentos arbitrais.

2.1 A produção de prova documental na arbitragem internacional

Na arbitragem comercial internacional as partes têm a liberdade de determinar o procedimento arbitral, sendo que na ausência de acordo entre elas, os tribunais arbitrais gozam de uma ampla discricionariedade para delimitar os seus moldes, incluindo as questões relacionadas com a obtenção e produção de prova.⁴⁷ No geral, as leis de arbitragem francesa, suíça, e de outros países de *civil law* são semelhantes, assim como a legislação contemporânea de arbitragem de grande parte da Ásia e da América Latina, enquanto nos EUA, os tribunais têm afirmado que os árbitros possuem amplos poderes para determinar procedimentos arbitrais, na ausência de acordo das partes.⁴⁸ Tendo em conta a importância do processo de produção de documentos na arbitragem internacional, surgindo, frequentemente, como o meio de prova primário e cujos custos legais podem representar uma proporção significativa nas custas gerais da arbitragem, aquele pode surgir como uma das principais razões

casos significativos. Nenhum árbitro responsável vai assinar condenações de milhões se não tiver apoio em dados documentais credíveis: sem prejuízo de os complementar com outros elementos.”

⁴⁶ GOUVEIA, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁷ HOFMANN, Anne K.; SHETTY, Nish, “Evidence and Hearings” in *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, p. 199; no mesmo sentido, KRÖLL, Stefan Michael; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A., *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 558 e BLACKBAY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 353.

⁴⁸ BORN, *op. cit.*, p. 1760.

pela qual as partes preferem este meio de resolução alternativa de litígios à justiça estadual, já que “dependendo das tradições legais das partes e das suas expectativas, a arbitragem pode oferecer a possibilidade de haver uma divulgação de documentos mais ou menos limitada do que a praticada num tribunal estadual em particular.”⁴⁹

Pela análise feita no capítulo anterior, verifica-se que, no geral, tanto os regulamentos arbitrais como os instrumentos legais sobre arbitragem voluntária requerem que as partes apresentem todos os documentos que suportam as suas alegações no início do processo arbitral. Discute-se, no entanto, se devem apresentar apenas os meios de prova que lhes são favoráveis, ou se, por outro lado, têm também o dever de apresentar aqueles que revelam um conteúdo desfavorável à sua versão dos factos. Isto porque, antes de determinar como um tribunal pode proceder se as partes falharem na produção de documentos, deve ficar definido qual o dever ou obrigação da parte quanto à sua apresentação⁵⁰.

Por um lado, pode equacionar-se um dever da parte produzir todos os documentos em sua posse, em virtude dos deveres e responsabilidades que derivam dos princípios do *due process*, além de que partes oriundas de países distintos terão, em princípio, maior dificuldade em reunir ou ter acesso a toda a informação, que pode encontrar-se numa jurisdição diferente. Ademais, as Regras da IBA preveem no ponto 3) do seu preâmbulo, que a fase de obtenção e produção de provas deverá ser pautada pela boa-fé de ambas as partes. Todavia, este conceito não é concretizado nem no próprio diploma, nem no seu Comentário, pelo que “a violação dessa obrigação é algo que deve ser apreciado caso a caso pelos tribunais arbitrais”⁵¹. Quanto a este aspeto, o n.º 7 do art. 9.º prevê que a conduta das partes na fase de obtenção e produção de provas pode ser tomada em consideração na condenação em custas na arbitragem. Deste modo, por outro lado, defende-se que o dever de boa-fé não impõe que as partes apresentem documentos desfavoráveis à sua versão dos factos⁵². Exceto

⁴⁹ WESTGAVER, Claire Morel de; ZINATULLINA, Ellina, *Will Adverse Inferences Help Make Document Production in International Arbitration More Efficient?*

⁵⁰ Para um estudo mais aprofundado do *duty of disclosure* vide WAINCYMER, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, p. 830-834.

⁵¹ RODRIGUES, Bruno; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da, “Aplicabilidade e Aplicação das Regras da IBA sobre a Administração de Provas” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, p. 20.

⁵² Cit. por WAINCYMER, *op. cit.*, p. 833.

quando uma parte opte, por razões estratégicas e por decisão dos seus advogados, por ser a primeira a divulgar e explicitar documentos potencialmente problemáticos, que sabe que estão na posse da contraparte, aquela apenas fornecerá, em princípio, os documentos que sejam favoráveis ao seu caso, ou que não sejam desfavoráveis⁵³.

Ainda quanto a esta temática, num estudo realizado sobre a produção de documentos no processo arbitral, 65% dos inquiridos, que incluem advogados e *corporate counsels* a exercer funções em sociedades de trinta e sete jurisdições diferentes, referiram que a produção de documentos foi sempre permitida nas arbitragens em que participaram, sendo que 55% entende que existe um volume adequado de produção de documentos na arbitragem internacional.⁵⁴ Apenas 7% dos inquiridos mencionaram, contudo, que, de acordo com a sua experiência, os árbitros estavam sempre a par dos assuntos em litígio, o que significa que a maioria não está devidamente informada sobre as questões do caso para fazer um julgamento de mérito sobre a produção de documentos⁵⁵. Por seu turno, 64% dos inquiridos referiu que a produção de documentos aumenta significativamente os custos do processo, enquanto 53% respondeu que se verifica sempre, ou frequentemente, um atraso no processo arbitral. Já 83% evidenciaram que a contraparte utiliza, muitas vezes, o processo de produção de documentos para discutir questões relacionadas com o mérito da causa⁵⁶.

Por sua vez, 73% dos inquiridos referiu que nunca ou raramente incluíram regras sobre o procedimento da produção de documentos nas cláusulas arbitrais⁵⁷. Finalmente, enquanto apenas 8% referiu que as Regras da IBA nunca tinham sido adotadas nos casos em que participaram, 58% dos inquiridos reforçaram que a maioria dos documentos produzidos ao abrigo daquelas Regras eram relevantes para o caso e importantes para a sua decisão⁵⁸.

⁵³ MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, p. 290.

⁵⁴ Estudo realizado pelo *International Arbitration Group* da *Berwin Leighton Paisner*, disponível em http://www.blplaw.com/media/International_Arbitration/BLP_International_Arbitration_Survey_2013_.pdf, p. 2.

⁵⁵ *Idem*, p. 4.

⁵⁶ *Idem*, p. 10.

⁵⁷ *Idem*, p. 16.

⁵⁸ *Idem*, p. 12.

2.2 As Regras da IBA sobre a produção de prova documental na Arbitragem Comercial Internacional

Nos dias de hoje, o sucesso do diploma relativo às Regras da IBA sobre produção de prova na arbitragem comercial internacional é inegável: além da sua aceitação pelos académicos⁵⁹ e pelos intervenientes no processo arbitral, independentemente das suas nacionalidades e tradições jurídicas, é muito frequente o seu uso na prática. Nos termos de um estudo realizado sobre a aplicação deste instrumento de *soft law*, “18% dos entrevistados declararam ter recorrido às Regras da IBA referenciando-as na convenção de arbitragem em “quase todas” ou “na maioria” das arbitragens. Quanto à sua aplicação quando são mencionadas no calendário processual ou noutra estipulação, 43% declarou ter recorrido às Regras em “quase todas” ou “na maioria” das arbitragens. (...). É justo concluir que as Regras da IBA sobre a obtenção de provas gozam de um crescente reconhecimento e aceitação pela comunidade internacional de arbitragem e são uma ferramenta muito útil.”⁶⁰

Aquelas foram originariamente “pensadas como um compromisso entre a *common law* e a *civil law*, sendo, portanto, um produto híbrido”⁶¹. Em especial, a questão relativa a saber se uma parte pode requerer a produção de documentos em posse da parte contrária, e em que condições, sempre se traduziu num ponto diferenciador entre as práticas no processo civil dos países pertencentes a distintos sistemas jurídicos, não obstante as especificidades de cada ordenamento que desaconselham uma generalização abstrata nesta matéria. Daí que esta tenha sido uma das principais preocupações aquando da elaboração das Regras da IBA e da sua revisão, dando lugar a um intenso debate que se concretizou numa solução tida como globalmente equilibrada.

⁵⁹ Segundo MCILWRATH; SAVAGE, *op. cit.*, p. 288 “na prática, a prova na arbitragem internacional é hoje frequentemente regulada, ou pelo menos influenciada, pelas Regras da IBA (...). Na nossa experiência, as Regras da IBA fornecem uma solução razoável e prática para uma série de questões que de outra maneira - especialmente em casos transnacionais - seriam difíceis de resolver.”

⁶⁰ SEGESSER, Georg von, “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” in *ASA Bulletin*, p. 736.

⁶¹ NÁPOLES, Pedro Metello de, “Contributos das Regras da IBA sobre produção de prova - em especial da produção de documentos em poder da contraparte” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, p. 60; no mesmo sentido, MARGHITOLA, Reto, *Document Production in International Arbitration*, p. 36.

Quanto à produção de prova no processo civil, é regularmente associada aos sistemas de matriz anglo-saxónica a possibilidade de uma parte exigir da contraparte a apresentação de documentos que tenham que ver com o litígio e, muitas vezes, com quaisquer assuntos relacionados com a relação entre as partes⁶². Enquanto esta prática tende a ter um conteúdo bastante alargado nos EUA, dando lugar ao que frequentemente se designa por *fishing expeditions*, em Inglaterra exige-se, de uma forma geral, que a parte apresente os documentos relevantes para o caso, recorrendo-se ao conceito de *disclosure*, o que inclui não só os documentos favoráveis ao seu caso e ao da contraparte, como os que poderão ser prejudiciais para ambas; noutra perspetiva, nos países pertencentes ao sistema de matriz continental, a tendência é a de limitar os pedidos de produção de documentos em posse da parte contrária, sujeitos, assim, a requisitos mais exigentes do que a mera referência ao facto que se pretende provar.⁶³

Associada a estas distintas exigências no plano da apresentação de documentos, as Regras aqui em causa revelam uma particular preocupação com a eficiência, a economia e o equilíbrio de interesses na arbitragem, o que se manifesta como um tema central no contexto internacional (e doméstico): se, por um lado, nos deparamos com o direito à apresentação do caso pelas partes, por outro, deve ser salvaguardada a eficiência na arbitragem. Na tentativa de prever ou antecipar alguns dos percalços que possam vir a surgir no decorrer de qualquer processo arbitral, o n.º 1 do art. 2.º das Regras da IBA permite ao tribunal consultar as partes, o mais cedo possível no procedimento, e convidá-las a tentarem adotar uma visão comum quanto à forma mais eficiente, económica e justa de adaptar e configurar a fase de obtenção de provas⁶⁴.

Em particular, o equilíbrio de interesses torna-se especialmente vulnerável na fase de determinação dos meios de prova admissíveis e na programação da sua produção, tendo em conta os possíveis distintos *backgrounds* das partes e as suas

⁶² Trata-se do exercício da *discovery* que, segundo LOUSA, *op. cit.*, p. 48, “constitui não apenas uma fase de produção de prova, mas antes – e, muitas vezes, principalmente, uma fase essencial na estruturação do caso”; para um estudo aprofundado desta matéria vide BORN, *op. cit.*, p. 2319-2423 e CASAS, Gonzalo Stampa, “Discovery Arbitral” in *Revista Brasileira de Arbitragem*, p. 122-155.

⁶³ LOUSA, *op. cit.*, p. 49; no mesmo sentido, CORDEIRO, *op. cit.*, p. 300 e 301.

⁶⁴ De acordo com NÁPOLES, *op. cit.*, p. 62, trata-se de “uma evidência clara de um princípio com cada vez mais aceitação na prática internacional, que é o de que o processo é das partes, pelo que cabe antes de mais (e sempre dentro de limites) a elas regular os termos em que o mesmo se desenrolará.”

expectativas. Assim, aquela consulta quanto a questões de prova pode ter em vista, nos termos do n.º 2 do art. mencionado, “o âmbito, o *timing* e a forma” da sua obtenção relativamente “aos requerimentos, procedimento e o formato aplicável à produção de documentos” (al. c) e “ao nível de proteção da confidencialidade” (al. d) a ser tido em conta na arbitragem. Além disso, o n.º 3 do mesmo art. permite que o tribunal arbitral indique às partes qualquer questão tida como relevante para o caso e para a decisão a proferir, e/ou que possa ser conhecida antecipadamente. Quanto a esta decisão preliminar, “pode fazer sentido dividir o processo em dois – bifurcá-lo – apresentando-se peças escritas e, inclusivamente, realizando-se audiência, para conhecer das questões que podem por termo ao processo e, só em caso de improcedência destas, fazer seguir o processo para decisão sobre o mérito”⁶⁵. Neste caso, o n.º 14 do art. 3.º das Regras da IBA prevê que “o tribunal arbitral pode, depois de consultar as partes, programar a submissão de documentos e requerimentos de produção separadamente para cada questão ou fase.”

2.2.1 Aplicabilidade e valor

O n.º 1 do art. 1.º das Regras da IBA, relativo ao âmbito de aplicação, prevê que quando a sua aplicação tenha sido acordada pelas partes ou determinada pelo tribunal arbitral, sejam aquelas a regular a obtenção de provas. Exceciona-se, contudo, a sua aplicação, quando alguma das suas previsões possa entrar em conflito com uma disposição legal imperativa aplicável ao caso por convenção das partes ou por determinação do tribunal arbitral. Nesta medida, apesar de serem apresentadas como um corpo de regras, as Regras da IBA derivam de um organismo sem autoridade normativa, não tendo, por isso, “força de lei”⁶⁶ ou “caráter obrigatório”⁶⁷, o que significa que não se impõem às partes nem ao tribunal arbitral. Isto, claro, se aquelas assim não o determinarem. Por acordo, estas podem estabelecer expressamente a aplicabilidade das Regras na administração de provas, passando, no caso concreto, a serem obrigatórias para os intervenientes.

⁶⁵ *Idem*, p. 66.

⁶⁶ RODRIGUES; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁷ NÁPOLES, *op. cit.*, p. 59.

Quando as partes não tiverem acordado na aplicação das Regras da IBA, e tendo em conta que o diploma nada prevê nesta situação, o n.º 2 do art. 1.º estabelece que “o tribunal arbitral deve conduzir a obtenção de provas como considerar apropriado, de acordo com os princípios gerais das Regras da IBA”, o que deixa ao seu critério a aplicabilidade das mesmas ao processo arbitral em concreto. Nesta situação, “pode ser conveniente que as regras em causa sejam desde logo expressamente previstas no momento da celebração da ata de missão e subscritas quer pelos árbitros quer pelas partes ou seus representantes (caso seja possível obter o acordo de todos), assim assegurando a concordância prévia das partes no que respeita às regras processuais.”; caso também fique expressamente prevista a possibilidade de requerer documentos em posse da parte contrária, devem ser definidos os critérios para a sua admissibilidade, o momento da sua apresentação, bem como as eventuais consequências em caso de incumprimento, como a retirada, pelos árbitros, de inferências negativas dessa recusa e/ou a eventual repartição das custas.⁶⁸

De acordo com um tribunal arbitral, “as Regras da IBA são amplamente utilizadas pelos tribunais arbitrais internacionais como guia, mesmo quando não são vinculativas”⁶⁹. Ora, estas Regras não foram projetadas para “fornecer um mecanismo completo para a condução de uma arbitragem internacional (comercial ou de investimento). As partes devem selecionar um conjunto de regras institucionais ou *ad hoc*, como as da CCI, AAA, LCIA, UNCITRAL ou ICSID, ou criar as suas próprias regras, para estabelecer o quadro processual geral da sua arbitragem. As Regras da IBA preenchem lacunas intencionalmente deixadas naquelas regras processuais quanto à obtenção de provas”⁷⁰. Concluindo, aquela “remissão deve ser utilizada de forma ponderada, e não por sistema”⁷¹, podendo fazer mais sentido, nos casos em que as partes têm tradições jurídicas comuns, e por isso expectativas semelhantes,

⁶⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 232, refere que “é também muito comum que os árbitros acordem na fixação das regras do processo no momento da elaboração da primeira Ordem Processual. (...) tem a vantagem de garantir maior flexibilidade aos árbitros caso entendam alterar ou completar as regras ao longo do processo, adequando as circunstâncias concretas do caso e promovendo uma maior eficiência na condução e gestão do processo.”

⁶⁹ *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, caso n.º ARB/07/23 do ICSID, Decision on Provisional Measures, 15/10/08.

⁷⁰ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 3.

⁷¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 233.

adaptar o processo de obtenção e produção de prova a critérios mais ou menos restritivos, de acordo com as respectivas tradições jurídicas.

2.2.2 A admissibilidade de prova documental

Uma vez estabelecido, o tribunal arbitral pode começar por reunir com as partes em litígio para discutir questões processuais pertinentes, emitindo frequentemente uma primeira PO para delinear os elementos essenciais do processo e os prazos de cada uma das suas fases⁷², designadamente questões relacionadas com a obtenção e produção de prova.

O art. 3.º das Regras da IBA dedica-se exclusivamente à prova documental, prevendo, em primeiro lugar e como regra geral, o princípio de que “cada parte deve submeter ao tribunal arbitral e às restantes partes todos os documentos de que dispõe e que fundamentam o seu pedido ou suportam a sua defesa (...)” (n.º 1). Esta norma “reflete o princípio, geralmente aceite tanto em países de *civil law* como nos de *common law*, que as partes têm o ónus de apresentar a prova que suporta a sua posição”⁷³. O n.º 11 do mesmo artigo estabelece uma exceção a esta regra, na medida em que permite às partes juntarem, mais tarde, documentos que tenham passado a ser relevantes em função da produção de outros documentos pela contraparte, por exemplo. Mesmo em relação ao requerimento de produção de documentos em posse da parte contrária, requisitos como a materialidade e a relevância de um documento, que serão analisados *infra*, podem variar com a evolução do caso, o que significa que “um mesmo documento poderá ser objeto de um segundo pedido de produção, se os motivos que levaram à rejeição do primeiro pedido foram ultrapassados”⁷⁴.

Um tema que tem vindo a suscitar múltiplas análises e opiniões, no panorama da produção de prova na arbitragem internacional, é o da possibilidade de apresentação de documentos sob o formato eletrónico⁷⁵, que não se materializem necessariamente em papel ou qualquer outro suporte físico, pelo que merece uma especial atenção.

⁷² BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 354.

⁷³ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴ RODRIGUES; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁵ DIMITROV, Delyan; BLACK, Dorit Ungar, “Electronic Discovery in International Arbitration” in *International Arbitration in the United States*, p. 359.

2.2.3 Os documentos eletrônicos

Hoje em dia, grande parte das transações comerciais processam-se através de documentos em formato eletrônico, o que veio aumentar substancialmente o volume de documentação produzida e enviada: “as partes usam *e-mails* para trocar rascunhos de contratos, discutir problemas técnicos e advertir a outra parte por supostas violações do contrato”⁷⁶. É cada vez mais fácil transmitir e reencaminhar este tipo de documentos, sendo que os funcionários das empresas escrevem, por dia e em conjunto, um número considerável de *e-mails*, que têm vindo a substituir as comunicações orais e feitas através de cartas e faxes, multiplicando os documentos e as informações constantes dos arquivos digitais. Associado a este fator surge um risco mais elevado de perda ou extravio dos mesmos, que pode, no entanto, ser evitado, designadamente nas grandes empresas, através da criação de sistemas de conservação e gestão de dados: os arquivos em formato digital (os conhecidos *backups*), geralmente acompanhados de motores de pesquisa cada vez mais desenvolvidos.

Quanto à definição de documento⁷⁷, o Subcomité de revisão “introduziu pequenas alterações de forma a assegurar que todo o tipo de prova, incluindo em formato eletrônico, está sujeito às Regras da IBA e pode ser requerido pelas partes.”⁷⁸ Em relação a este tema, as Regras apresentam-se como neutras quanto à produção de documentos eletrônicos em qualquer arbitragem, fornecendo apenas indicações em caso de acordo das partes ou por determinação do tribunal⁷⁹. Particularmente, nos termos do art. 3.º, n.º 3, al. a) (ii), se estiverem em causa documentos eletrônicos, o requerimento de produção deve identificar os ficheiros informáticos específicos, os termos de pesquisa, os nomes dos autores ou dos seus destinatários, bem como qualquer outro elemento que facilite a procura do ficheiro de forma eficiente.

Apesar da referida posição “neutra” quanto à produção de documentos eletrônicos, defende-se que “com base na redação das Regras da IBA, os documentos eletrônicos ainda estão incluídos na definição de documentos e o dever de produzir documentos também abrange documentos eletrônicos. A interpretação literal das

⁷⁶ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷ Nos termos do art. 362.º do CC português, “diz-se documento qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.”

⁷⁸ UGHI; KREINDLER,, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ *Idem*, p. 9.

Regras da IBA está alinhada com a abordagem geral da revisão de 2010 de aderir ao padrão existente”⁸⁰, não devendo ser feita uma distinção quanto à admissibilidade da produção de documentos eletrônicos ou sob qualquer outro formato. Numa perspectiva mais ampla, “a comunicação eletrónica é o meio de comunicação do comércio internacional e é fundamental para os processos de investigação e julgamento que os dados eletrónicos sejam considerados, assim como outros meios de prova.”⁸¹

O crescente impacto dos documentos eletrônicos levou ao surgimento de publicações com o objetivo de auxiliar na aplicação prática das Regras da IBA, ou de oferecer alternativas viáveis a estas regras quanto à sua produção. Dão-se como exemplos o *Report on Managing E-Document Production* elaborado pela Comissão de Arbitragem da CCI, o *Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*, preparado pelo *Chartered Institute of Arbitrators*, e ainda o Regulamento de Arbitragem da AAA, que prevê algumas disposições relativas à produção de documentos eletrônicos⁸². Por fim, em virtude da pressão criada pelos processos de investigação e produção de prova levados a cabo não só pelos tribunais estaduais, como pelos tribunais arbitrais, “muitas empresas já estão a trabalhar em sistemas de gestão de dados corporativos mais eficientes e centralizados que aumentarão ainda mais a velocidade, o custo e a eficiência da identificação e recuperação de dados eletrónicos”⁸³, pelo que a tendência, neste campo, é a de crescente evolução.

2.2.4 A produção de documentos em posse da parte contrária – o Requerimento de Produção

O art. 3.º das Regras da IBA versa sobre três grupos de documentos:

- i) documentos a que a parte tem acesso;
- ii) documentos a que a parte pretende recorrer para provar um facto que alega, mas que não pode produzir por si, por se encontrarem na posse de outra parte no processo arbitral ou de um terceiro;

⁸⁰ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 43.

⁸¹ BORN, *op. cit.*, p. 2371.

⁸² No seu art. 21.º.

⁸³ HOWELL, David, “Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration” in *Dispute Resolution International*, p. 167.

- iii) documentos que nenhuma das partes juntou como prova no processo arbitral, mas que são considerados relevantes pelo tribunal.

Neste trabalho, e no presente capítulo, pretendemos debruçar-nos sobre o regime e o procedimento estabelecidos nas Regras da IBA sobre o grupo b) acima mencionado. Desta forma, será apresentada a lista de requisitos que devem estar, nos termos das Regras da IBA, preenchidos para que o tribunal arbitral ordene a apresentação daqueles documentos, bem como o elenco das exceções àquela produção, para, no final, ser abordado um modelo de requerimento a que, frequentemente, as partes recorrem para formular o(s) seu(s) pedido(s) antes de chegar ao conhecimento do tribunal.

2.2.4.1 Requisitos

Nos termos das Regras da IBA, a parte requerente deve, no requerimento de produção:

- a) identificar o documento ou a categoria de documentos solicitados;
- b) explicitar o porquê de estes documentos serem relevantes para o caso e importantes (materiais) para a sua decisão final;
- c) declarar que os documentos solicitados não estão em sua posse, ou explicar por que seria excessivamente oneroso produzi-los, e
- d) declarar os motivos pelos quais assume que os documentos solicitados estão na posse de outra parte.

a) Especificidade

As Regras da IBA exigem, no seu art. 3.º, n.º 3, al. a), uma descrição suficiente de cada documento para identificá-lo, ou uma descrição suficientemente detalhada, incluindo o assunto, de uma categoria limitada e específica de documentos. O primeiro requisito para a produção de documentos traduz-se, deste modo, na especificidade quanto à sua descrição.

Porém, este requisito não é definido, de forma abstrata, pelas próprias Regras da IBA, podendo surgir dificuldades quanto à identificação do documento ou categoria de documentos a produzir, tanto na perspectiva das partes, como na de análise do tribunal. Quanto a esta questão, é comum afirmar-se que “um documento

pode ser identificado pelo seu autor, destinatários, detentores, data ou período de tempo da sua formação, título, conteúdo, tipo (e-mail, atas, etc.), número de ficheiro ou local de armazenamento”⁸⁴, bastando, para alguns autores, que a parte interessada indique os elementos suficientes para identificar o documento, não sendo necessária a indicação da data em que foi elaborado, nem dos seus intervenientes (no exemplo de um acordo celebrado por duas ou mais partes)⁸⁵.

De facto, é concebível que alguns documentos, relevantes para o desfecho do litígio, não sejam passíveis de serem concretamente identificados: é o caso de a parte requerente não conseguir precisar as datas ou os autores da celebração de um contrato de agência, por exemplo, mas identificar, com algum detalhe, a natureza do documento solicitado e o quadro temporal em que o mesmo foi preparado⁸⁶. Assim, apesar de ser afirmado que “não é requisito que a parte possa afirmar que o documento existe (porque o viu ou porque indiretamente teve prova da sua existência)”⁸⁷, para outros, aquela deve ter uma crença razoável quanto à sua existência, que se pode basear em presunções como, por exemplo, a de que “os conselhos de administração se reuniram regularmente e mantiveram minutas” dessas mesmas reuniões⁸⁸. Em particular, o pedido de produção de uma categoria de documentos deve restringir-se a uma categoria limitada e específica, tomando em consideração o perigo de haver lugar a pedidos desmedidos e desproporcionais, de natureza puramente dilatória. Ora, o objetivo deste critério é o de limitar a parte a fazer os pedidos estritamente necessários para suportar as suas alegações, assegurando ainda o seu contraditório.

Neste âmbito, o n.º 2 do art. 3.º das Regras da IBA “destina-se a impedir uma ampla *fishing expedition*, permitindo, ao mesmo tempo, que as partes solicitem documentos que possam ser identificados com razoável especificidade e que possam

⁸⁴ Cit. por MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 37 e 38.

⁸⁵ LOUSA, *op. cit.*, p. 52 e 53.

⁸⁶ Quanto a este ponto, UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 9, é apresentado o seguinte exemplo: “numa arbitragem relativa à resolução de um contrato de *joint venture* por uma das partes, a contraparte pode saber que a comunicação da resolução foi feita numa determinada data, que o conselho de administração deve ter tomado a decisão de avançar para a resolução numa reunião próxima da data em que ocorreu a comunicação.”

⁸⁷ NÁPOLES, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁸ WAINCYMER, *op. cit.*, p. 863.

ser considerados relevantes para o caso e relevantes para o seu resultado”⁸⁹, como se verá a seguir. A aplicação destes critérios em concreto “parece criar um processo simplificado e focado, distante das muito criticadas *fishing expeditions* rotineiramente associadas ao litígio nos tribunais dos EUA.”⁹⁰ Embora seja necessário evitar este tipo de situações, “uma parte não necessariamente saberá quais as categorias específicas de documentos que existem nos arquivos da contraparte. O foco da *disclosure* deve ser obter prova relevante e material, não jogar jogos de adivinhas sobre sistemas de arquivamento ou tipos de correspondência interna ou registos.”⁹¹ Concluindo, verifica-se um forte consenso entre os intervenientes na arbitragem, de diferentes sistemas jurídicos, no sentido em que a obrigação de divulgar e produzir todos os documentos não sujeitos a sigilo, relacionados com o litígio em causa, não tem lugar na arbitragem internacional.⁹²

b) Relevância e Materialidade

O segundo grupo de requisitos indicado pelas Regras da IBA, no art. 3.º, al. b), traduz-se na relevância do documento solicitado, ou categoria de documentos, para o processo e para o seu desfecho (materialidade). Assim, não basta que o documento tenha relação com o processo, sendo necessário que seja relevante para a decisão do mesmo, o que deve ser demonstrado pela parte requerente⁹³. O próprio art. 9.º, n.º 2, al. a), determina que o tribunal pode recusar a produção de qualquer documento por “falta de relevância suficiente para o caso ou para a sua decisão”, reforçando (de forma redundante) a sua importância.

As Regras da IBA, na sua versão de 1999, não eram claras quanto ao preenchimento deste duplo requisito, pelo que surgiu a necessidade de esclarecer que a “relevância” e a “materialidade” dos documentos para o caso são pressupostos autónomos, que precisam de estar verificados, independentemente um do outro, para

⁸⁹ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 8; no mesmo sentido MORENO, Yaza Areque, “La práctica del discovery en el arbitraje internacional” in *Revista del Club Español del Arbitraje*, p. 129.

⁹⁰ MCILWRATH; SAVAGE, *op. cit.*, p. 292.

⁹¹ BORN, *op. cit.*, p. 2362; no caso n.º 18033 da CCI, na Procedural Order 3 on Production of Documents, o tribunal arbitral afirmou expressamente que “o propósito de produzir documentos em procedimentos arbitrais é provar alegações de facto e não colecionar informações. A *discovery* e as *fishing expeditions* ao estilo dos EUA são, portanto, inaceitáveis.”

⁹² HOWELL, *op. cit.*, p. 158.

⁹³ WAINCYMER, *op. cit.*, p. 858.

que a ordem de produção de documentos avance. Enquanto a relevância para o caso é um critério mais lato, utilizado tipicamente nos países de *common law*, a materialidade para a decisão do processo traduz-se num filtro mais exigente, normalmente utilizado nos países de *civil law*⁹⁴.

Em primeiro lugar, quanto à relevância, o Comentário às Regras da IBA estabelece que “o conteúdo do documento solicitado deve estar relacionado as questões do caso, e a relação entre os documentos e as questões deve ser estabelecida com especificidade suficiente para que o tribunal arbitral possa entender o propósito pelo qual a parte requerente precisa dos documentos solicitados”⁹⁵. Neste sentido, devem ser indicados, pela parte requerente, os concretos pontos da matéria de facto que se pretende provar com o documento, de forma a permitir ao tribunal, com a informação que já dispõe, aferir se aquele releva para o caso concreto⁹⁶. Exemplos que se podem subsumir a esta categoria são os rascunhos e as minutas de negociação de um determinado contrato⁹⁷, os quais podem servir de base para a interpretação de uma cláusula arbitral dele constante. Pelo contrário, um documento que apenas coloque em causa a credibilidade de uma testemunha não será, em princípio, relevante para o caso⁹⁸.

Em segundo lugar, no que concerne à materialidade dos documentos requeridos para a decisão do caso, há quem entenda que o tribunal arbitral deve considerá-los necessários para determinar se um facto alegado é verdadeiro ou não⁹⁹, o que contribuirá para ter uma noção mais completa das versões factuais dadas por cada uma das partes. Neste âmbito, não é, no entanto, suficiente que os documentos sejam relevantes e materiais para uma questão controversa, específica, do litígio, devendo sê-lo para a resolução do caso em si¹⁰⁰. A prática arbitral nesta matéria tem vindo a demonstrar que a aplicação deste duplo requisito “é efetuada por recurso a critérios amplos, em que o tribunal arbitral normalmente admite a junção do

⁹⁴ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁵ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 9 e 10.

⁹⁶ SANTOS, *op. cit.*, p. 240.

⁹⁷ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cit. por WAINCYMER, *op. cit.*, p. 859.

¹⁰⁰ BORN, *op. cit.*, p. 2362.

documento ou documentos se existir uma ligação relevante com questões discutidas no processo.”¹⁰¹

Tendo em conta que o n.º 1 do art. 9.º das Regras da IBA estabelece que “o tribunal arbitral deve determinar a admissibilidade, relevância, materialidade e peso da prova”, aquele não precisará, ao que tudo indica, de estar plenamente convencido da relevância e materialidade dos documentos solicitados em sede de produção de prova, bastando que se verifique uma probabilidade maior desses requisitos se verificarem¹⁰². Deste modo, é essencial que aqueles sejam relevantes e materiais *prima facie*, à primeira vista, para a resolução do litígio, “no sentido em que parecem conter informações que serão importantes para resolver questões controversas”¹⁰³. Esta é mais uma matéria em que o tribunal goza de uma larga margem de discricionariedade, devendo decidir no caso concreto, e já depois de estar familiarizado com o processo em causa, sempre com o respeito pelos princípios do processo equitativo, designadamente pelo contraditório¹⁰⁴.

É ainda discutida a questão de saber se a parte que requiere a apresentação de certos documentos tem de ter o ónus da prova do seu lado. De acordo com alguma doutrina¹⁰⁵, a parte requerente tem de demonstrar que os documentos que solicita são essenciais para provar um facto que alegam e tem o ónus de provar. Caso contrário, aqueles documentos serão irrelevantes para o processo e para o seu desfecho. Por outro lado, outra parte da doutrina considera que a exigência do ónus da prova como requisito adicional para a parte submeter um pedido de produção de certos documentos não deve, contudo, ser aplicada como uma “regra geral”¹⁰⁶. Nesta

¹⁰¹ LOUSA, *op. cit.*, p. 53; cf., por exemplo, *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, caso n.º UNCT/07/1 do ICSID, Decision on production of documents, 18/07/08.

¹⁰² MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰³ BORN, *op. cit.*, p. 2363.

¹⁰⁴ GOUVEIA, *op. cit.*, p. 259; de acordo com FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, p. 126 e 127, o princípio do contraditório traduz-se, atualmente, na “garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.”

¹⁰⁵ DERAIS, Yves, “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint” in *ICC Bulletin*, p. 87; no mesmo sentido, SANTOS, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁶ WAINCYMER, *op. cit.*, p. 860; DULANI, Jeetander; JAFFE, Michael Eva; STUTE, David, “Burden of Proof as a Prerequisite to Document Production Under the 2010 IBA Rules: An Obituary” in *TDM*, p. 2.

perspetiva, um documento solicitado não é apenas relevante para o desfecho do litígio se ajudar a parte requerente a inverter o ónus da prova, sendo-o também se impedir que a parte requerida comprove um facto: “em ambos os casos, o documento solicitado pode influenciar o resultado da disputa”¹⁰⁷. Assim, a circunstância de uma parte ter o ónus de provar um determinado facto não torna os documentos solicitados mais relevantes e materiais para o caso ou mais importantes para tarefa de investigação do tribunal arbitral, além de que “o facto de uma parte suportar o ónus da prova sobre uma questão não sugere que ela possa, sem a documentação solicitada, cumprir tal encargo: é ilógico e injusto negar à parte o pedido de produção de documentos simplesmente porque não suporta o ónus da prova em relação às questões subjacentes.”¹⁰⁸ Além disso, no momento em que, geralmente, os pedidos de produção são analisados pelo tribunal arbitral, este não sabe a quem pertence o ónus de provar determinado facto, tendo em conta que será numa fase ainda inicial do processo. O ónus da prova releva “quando ambas as partes não conseguiram provar um certo facto em disputa. Consequentemente, tal ónus poderá ser irrelevante quando ambas as partes fizeram prova de um facto”¹⁰⁹.

Importa ainda referir que, no geral, o ónus da prova não é um requisito para ordenar a produção de documentos no processo civil de alguns países pertencentes ao sistema jurídico continental, como a Alemanha¹¹⁰ e Portugal¹¹¹. Deste modo, caracterizando-se a arbitragem como um meio de resolução alternativa de litígios tendencialmente mais flexível que a justiça estadual, seria irrazoável a imposição de um maior número de requisitos e formalismos. Também o facto de se restringir o pedido de produção de documentos em função do ónus da prova pode colocar em causa a igualdade de tratamento das partes. Apesar de ter sido feita referência a este princípio no âmbito da LAV, os princípios do processo equitativo são comuns a todos os ordenamentos, independentemente, portanto, da origem dos intervenientes na

¹⁰⁷ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁸ BORN, *op. cit.*, p. 2362.

¹⁰⁹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁰ Cit. em MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 57.

¹¹¹ Cf. Ac. TRC 21/04/2005 (Maria João Areias), Proc. n.º 124/14.1TBFND-A.C1: “o mecanismo previsto no artigo 429º, do CPC, poderá ser utilizado não só por aquele sobre o qual recai o ónus da prova, mas igualmente para efeitos de contraprova”; neste sentido, FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil: Anotado*, p. 247.

arbitragem, pelo que limitar uma das partes à solicitação de documentos que comprovem um facto que tem o ónus de provar, pode colocá-la numa posição desfavorável face à contraparte em matéria de produção de prova.

Finalmente, o ónus da prova como requisito para submeter um pedido de produção não está expressamente previsto nas Regras da IBA¹¹², pelo que, através de uma interpretação do elemento literal, parece não ter havido intenção de submeter as partes a um requisito complementar que não consta do seu texto, quando houve oportunidade para o acrescentar.

c) A posse dos documentos

O terceiro grupo de requisitos relaciona-se com a posse dos documentos que poderão ser alvo de um pedido de produção: o art. 3.º, n.º 3, al. c), exige, por um lado, (i) uma declaração em como os documentos solicitados não estão na “posse, custódia ou controlo” da parte requerente, ou uma explicação em como seria excessivamente onerosa a produção dos referidos documentos, e (ii) uma declaração com as razões por que a parte requerente admite que os documentos solicitados estão na “posse, custódia ou controlo” da contraparte.

Estes conceitos também não são definidos no texto das Regras da IBA, nem no seu Comentário, pelo que é sugerida a solução de se fazer uma “interpretação autónoma” no âmbito da arbitragem internacional, independentemente das variadas conceções adotadas tanto nos países de *common* como nos de *civil law*¹¹³. Na prática, os documentos solicitados devem estar sob o domínio da parte requerida, sem, no entanto, sobrecarregá-la com um esforço excessivo com a sua produção, designadamente em situações em que a requerente pode vir a conseguir ter acesso aos mesmos. Pretende-se, com isto, evitar um “assédio desnecessário” à parte requerida, estabelecendo, porém, o art. 3.º, n.º 3, al. c), i) uma exceção a este princípio, como nos casos em que um documento deixa de ser facilmente acessível por ter desaparecido dos dados ativos de um servidor, passando a sua produção a ser menos onerosa e dispendiosa para a parte contrária.¹¹⁴

¹¹² Em nenhuma das suas versões.

¹¹³ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 10.

Assim, em primeiro lugar, a parte requerente deve indicar, no requerimento de produção de prova, que os documentos em causa não estão sob o seu domínio, reforçando que seria excessivamente oneroso proceder à sua produção e expondo os factos que explicam essa circunstância. Isto significa que aquela não pode requerer documentos que estão em sua posse ou lhe são facilmente acessíveis, com a exceção dos casos em que obtê-los poderia implicar um encargo excessivo: por exemplo, uma vez eliminados ficheiros eletrónicos que comprovam um determinado facto, o seu restauro pode traduzir-se em custos insuportáveis (de tempo, de recursos humanos, económicos, etc.) para a requerente, tendo em conta que esses mesmos ficheiros podem ser facilmente acessíveis pela contraparte no seu sistema informático.

Neste âmbito, importa ainda referir a impossibilidade (lógica) de requerer documentos que sejam do domínio público, referidos no n.º 13 do artigo 3.º das Regras da IBA, a que, em princípio, qualquer pessoa terá livre acesso. Nas palavras de um tribunal arbitral, “onde ... os documentos solicitados são de domínio público e igualmente disponíveis para ambas as partes, acreditamos que não haveria necessidade de exigir que a outra parte fisicamente produzisse e entregasse os documentos à primeira para inspeção e cópia”¹¹⁵, o que quase poderia representar uma litigância de má fé.

2.2.4.2 A valoração de prova – exceções à produção de documentos em posse da parte contrária

Uma vez apontados os três grupos de requisitos a que um pedido de produção de documentos em posse da parte contrária deve obedecer no contexto da arbitragem internacional, e em caso de adoção das Regras da IBA, torna-se imprescindível fazer referência às exceções a este regime, contempladas no seu art. 9.º, n.º 2:

- a) “Falta de relevância suficiente para o caso ou de materialidade para a decisão final;
- b) Um impedimento legal ou sigilo profissional nos termos das regras legais ou éticas determinadas como aplicáveis pelo tribunal arbitral;
- c) Um ónus excessivo de produção da prova requerida;

¹¹⁵ BORN, *op. cit.*, p. 2364.

- d) A demonstração, com uma probabilidade razoável, da perda ou destruição do(s) documento(s);
- e) Motivos de confidencialidade comercial ou técnica que o tribunal arbitral considere relevantes;
- f) Motivos de especial sensibilidade política ou institucional (incluindo provas protegidas pelo segredo de justiça pelo governo ou por uma instituição pública internacional) que o tribunal arbitral julgue convincentes¹¹⁶; ou
- g) Considerações de economia processual, proporcionalidade, justiça ou igualdade das partes que o tribunal arbitral considere apropriadas”.

Uma parte pode opor-se ao pedido de produção de documentos feito pela parte contrária, nos termos do n.º 5 do art. 3.º das Regras da IBA, com base no elenco de exceções estabelecido pelo n.º 2 do art. 9.º, ou na falta de algum dos requisitos previstos no n.º 3 do art. 3.º. As objeções *supra* citadas são importantes, na medida em que “preservam as linhas de distinção entre os direitos das partes e a autoridade do tribunal arbitral”; muito embora a norma estipule que o tribunal arbitral “deverá” excluir provas em que se verifique alguma das exceções enunciadas, aquele mantém o seu poder discricionário para determinar se um dos critérios efetivamente se verifica¹¹⁷.

A objeção estabelecida na al. a) do primeiro artigo acaba por representar uma repetição daquele que já é um requisito da produção de documentos em posse da contraparte nos termos do artigo 3.º, sendo que o tribunal pode não chegar a analisar qualquer das objeções previstas no artigo 9.º se verificar que um dos requisitos daquele primeiro artigo não está preenchido. As alíneas b) e e) serão abordadas nos dois próximos subcapítulos.

Por sua vez, a alínea c) diz respeito ao encargo excessivo que poderá recair sobre a parte requerida com a produção de certo tipo de documentos¹¹⁸. Esta questão

¹¹⁶ De acordo com UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 26 “quando um rascunho preliminar das Regras de Prova da IBA se referia apenas à confidencialidade, certas organizações políticas internacionais apontaram que “a confidencialidade comercial e técnica” pode não incluir a confidencialidade dentro de tais organizações. Portanto, o Artigo 9.2 (f) foi acrescentado para colocar essa sensibilidade política ou institucional especial em igualdade com a confidencialidade comercial ou técnica.”

¹¹⁷ *Idem*, p. 25.

¹¹⁸ Segundo WAINCYMER, *op. cit.*, p. 866, “o tribunal precisará de equilibrar a relevância e a materialidade, por um lado, com a possível natureza onerosa dos pedidos, por outro.”

pode colocar-se quanto aos documentos eletrónicos, nomeadamente nos casos em que, como anteriormente referido, os ficheiros solicitados foram apagados do servidor de uma empresa e é necessário fazer o seu restauro. Deste modo, “o volume considerável e a ampla dispersão de documentos eletrónicos aumentam a carga da produção de documentos, embora a carga adicional possa ser reduzida com a ajuda de ferramentas de pesquisa sofisticadas”¹¹⁹. Neste tipo de situações, além dos custos monetários associados, há que ter em conta o tempo que será necessário despendido na produção dos documentos requeridos, além de que a fase de obtenção e produção de provas também não deve, por si, atrasar consideravelmente o processo arbitral em curso¹²⁰.

O mesmo será aplicável à produção de documentos em formato de papel. Apesar das novas tecnologias e da maior celeridade de transmissão associada aos documentos digitais, as informações registadas em papel poderão ser determinantes na prova de determinados factos e no desfecho de uma arbitragem, inclusivamente no contexto comercial e nas relações entre empresas. Contudo, muitas vezes não se deve recorrer à objeção do encargo excessivo de produção quando o tribunal arbitral puder fundar-se na falta de especificidade, ou de relevância ou materialidade dos documentos solicitados, como no caso dos “documentos que não são materiais porque outros documentos são suficientes para provar um determinado facto”¹²¹. O próprio art. 3.º das Regras da IBA, na al. c) do n.º 12, estabelece que “uma parte não é obrigada a produzir várias cópias de documentos que são essencialmente idênticos, a menos que o tribunal arbitral decida de outra forma”. Assim como se deve evitar a duplicação de prova produzida quanto ao mesmo ponto, o requerente deve ainda ter em consideração se não poderá proceder à prova de um determinado facto através de meios alternativos que tenha ao seu dispor, “reservando-se a possibilidade de pedir a apresentação de documentos pela contraparte como uma via de último recurso.”¹²²

¹¹⁹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 99.

¹²⁰ No *US Company v. Chinese Taipei and US Companies*, caso n.º 12279 da CCI, a Procedural Order de 31/07/03 estabeleceu o direito de as partes se oporem aos requerimentos em que “o ónus de produção excede o valor probatório da informação neles contida.”

¹²¹ WAINCYMER, *op. cit.*, p. 866.

¹²² SANTOS, *op. cit.*, p. 241.

Relativamente à al. d), é lógico que um documento perdido ou destruído não poderá, em princípio, ser produzido pela parte requerida. Mais difícil pode ser a avaliação, por parte do tribunal arbitral, da veracidade dos argumentos apresentados pela parte neste caso. O próprio Comentário às Regras da IBA estabelece que “como pode ser impossível provar a versão factual negativa (perda do documento), o artigo 9.2, d) estabelece que tal perda deve ser demonstrada com razoável probabilidade de ter ocorrido”¹²³. A verdade é que nenhuma disposição deste diploma prevê um dever de as partes manterem ou arquivarem documentos que possam vir a ser relevantes no contexto de uma arbitragem, podendo, por exemplo, uma empresa ter como prática eliminar, de tempos a tempos, determinados ficheiros considerados inúteis para não sobrecarregar o respetivo arquivo digital; ou pode ser uma decorrência das normas de proteção de dados. Poderá, no entanto, ser suspeita uma alteração repentina desta política de retenção, optando-se pela destruição de certas categorias de documentos durante uma arbitragem, já iniciada, em que a parte esteja envolvida. Devem ainda ter-se em conta deveres de retenção de documentos estabelecidos pelas leis domésticas das partes, designadamente no âmbito do direito fiscal ou corporativo.

Quanto à al. f), “o objetivo do sigilo é evidentemente impedir a divulgação de documentos que contenham informações sensíveis por natureza.”¹²⁴ Diferentemente das restantes, a al. g) traduz-se numa cláusula global, e residual¹²⁵, destinada a assegurar a economia processual, a proporcionalidade, a justiça e a igualdade entre as partes no processo arbitral. O Comentário às Regras da IBA dá o exemplo de documentos que podem assumir um caráter sigiloso num determinado ordenamento jurídico nacional e noutros não. Neste caso, de forma a equilibrar as posições das partes no processo, o tribunal poderá excluir a produção de documentos não sujeitos a sigilo, de acordo com esta disposição, cujo objetivo é conferir uma audiência justa, eficaz e eficiente às partes.¹²⁶

¹²³ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁴ *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, caso n.º UNCT/07/1 do ICSID, Decision on Production of Documents, 18/07/08.

¹²⁵ MARGHITOLA, Reto, *op.cit.*, p. 112.

¹²⁶ UGHI, Giovanni; KREINDLER, Richard (Coord.), *op.cit.*, p. 26.

a) Impedimento legal/sigilo profissional

O n.º 3 do art. 9.º das Regras da IBA prevê um conjunto de situações que o tribunal arbitral pode considerar aquando da análise da eventual aplicação da al. b) do n.º 2 do referido art.:

- a) “A necessidade de proteção da confidencialidade de um documento elaborado na sequência de uma consulta ou obtenção de aconselhamento jurídicos;
- b) A necessidade de proteção da confidencialidade de um documento criado para efeitos de negócios de liquidação;
- c) As expectativas das partes e dos seus assessores no momento em que o impedimento legal¹²⁷ ou o sigilo profissional surge¹²⁸;
- d) A possível renúncia de qualquer impedimento ou sigilo por consentimento, divulgação anterior, uso afirmativo do documento, declaração, comunicação oral ou conselho contido nele, ou de outra forma; e
- e) A necessidade de manter a equidade e a igualdade entre as partes, particularmente se estiverem sujeitas a diferentes regras legais ou éticas¹²⁹”.

Na aplicação prática do mecanismo da produção de documentos em posse da parte contrária, surge a especial preocupação de proteger a documentação elaborada por advogados das partes, ou pelas próprias partes, já que, em caso de conflito, a questão da sua divulgação pode surgir. Esta matéria apresenta-se como especialmente complexa, tendo em conta as múltiplas definições apresentadas nos vários ordenamentos jurídicos nacionais: “o *legal privilege* anglo-saxónico é substancialmente diferente do nosso sigilo profissional. O *legal privilege* está relacionado com o

¹²⁷ Este conceito não é definido pelas Regras da IBA ou pelo seu Comentário; MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 90, determina que “um impedimento legal pode ser definido como uma regra de direito ou uma ordem de uma autoridade pública que proíbe a divulgação. Um exemplo de impedimento legal é uma ordem de um promotor público para não divulgar documentos específicos, que pode comprometer as investigações. Outros exemplos incluem leis de privacidade de dados que proíbem a divulgação de dados pessoais.”

¹²⁸ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 25, “muitas vezes, essas expectativas serão formadas pela abordagem ao sigilo que prevalece na jurisdição de origem dessas pessoas”.

¹²⁹ *Idem*, p. 26 “a necessidade de proteger a justiça e a igualdade entre as partes pode surgir quando a abordagem ao sigilo prevalecente nas jurisdições nacionais das partes difere. (...) uma jurisdição pode estender o sigilo de advogado-cliente a um advogado interno, enquanto outra não. Nesses casos, a aplicação de regras diferentes às partes poderia criar injustiça, protegendo os documentos de uma parte da produção, mas não da outra parte.”

documento em si e não com a qualidade do autor ou do destinatário, sendo em princípio renunciável. Nada disto se aplica ao sigilo profissional, que é definido em função da qualidade das partes envolvidas no documento e que incide sobre os advogados, independentemente da vontade dos clientes¹³⁰. Apesar disso, e de uma análise de direito comparado que não tem lugar neste trabalho, parece seguro afirmar que “o sigilo profissional é reconhecido em todas as jurisdições desenvolvidas, sejam países de *civil* ou *common law*”¹³¹.

Em particular, quanto à possível renúncia de qualquer impedimento ou do sigilo profissional, pode ser aconselhável que a parte se proteja através da celebração, com a parte requerente, de acordos *quick peek* ou *claw back*, que podem ser confirmados ou refletidos numa ordem do tribunal: “sob um acordo de *quick peek*, as partes concordam em divulgar informações antes da produção, mas reservam-se o direito de garantir o sigilo mais tarde no processo de divulgação. Nos termos de um acordo de *claw back*, as partes acordam um procedimento para o retorno de material privilegiado produzido inadvertidamente, dentro de um prazo razoável da sua divulgação.”¹³²

Importa ainda fazer referência, em especial, à al. e) do n.º 3 do art. 9.º, que, nos termos do Comentário às Regras da IBA, favorece a aplicação da *most favoured nation approach*¹³³. Nesta perspetiva, considerando que os requerimentos de produção de prova de todas as partes estão sujeitos aos mesmos requisitos, estas também devem ter a oportunidade de apresentar as mesmas objeções aos pedidos da parte contrária, ou pelo menos nas mesmas condições, sobretudo por razões de igualdade na oportunidade de apresentarem a respetiva versão dos factos. Na ausência de acordo entre as partes sobre como decidir as questões que venham a surgir quanto ao sigilo, têm sido ainda sugeridas outras possibilidades, como o teste da *closest-connection* ou *centre of gravity*, que “requer que o tribunal aplique a lei da jurisdição com a qual o

¹³⁰ NÁPOLES, *op. cit.*, p. 65.

¹³¹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 73.

¹³² HOWELL, *op. cit.*, p. 163.

¹³³ De acordo com a qual serão aplicáveis a todas as partes intervenientes na arbitragem as regras do ordenamento jurídico nacional que confira uma proteção mais ampla no que respeita ao sigilo. Neste sentido, MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 78.; KUBALCZYK, Anna Magdalena, “Evidentiary Rules in International Arbitration - A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation” in *Groningen Journal of International Law: International Arbitration and Procedure*, p. 103; BORN, *op. cit.*, p. 2384-2386, tem um entendimento distinto.

documento ou comunicação tem uma ligação mais próxima¹³⁴ e, da mesma forma que o tribunal pode aplicar a *most favoured nation approach*, poderá também adotar a *least favoured privilege approach*, segundo a qual o sigilo goza de um baixo padrão de proteção, o que favorece a produção de um maior volume de documentos.¹³⁵

Concluindo, o objetivo destes preceitos passa por fornecer um guia, não exaustivo, ao tribunal arbitral no momento de decidir, de acordo com a lei aplicável, sobre questões de sigilo profissional e confidencialidade de documentos elaborados no âmbito das relações entre as partes ou entre estas e os seus advogados. Devem ser tidos em conta, nomeadamente, “o sigilo de advogado-cliente, o dever de sigilo profissional e o sigilo “sem preconceito” ou “acordo”¹³⁶, que, de acordo com os intervenientes na revisão das Regras da IBA, é reconhecido em certas jurisdições e relaciona-se com o conteúdo das negociações. Assim, o n.º 3 do art. 9.º limita-se a fornecer orientações adicionais, não vinculativas para o tribunal arbitral, que pode decidir com uma considerável margem de discricionariedade, como na generalidade das matérias relacionadas com a obtenção e produção de provas, e caso as partes não tenham acordado anteriormente noutro sentido.

b) Confidencialidade comercial ou técnica

A referida al. e) do n.º 2 do art. 9.º das Regras da IBA prevê que o tribunal arbitral deve recusar a produção de certos documentos com base no seu carácter confidencial, comercial ou técnico. O surgimento deste tipo de preocupações tem uma base puramente económica, já que as empresas podem ter todo o interesse em que o conteúdo de documentos que produzem, relativos ao seu *know-how*, não seja revelado ao público e, em especial, às empresas concorrentes, nomeadamente em sede de arbitragem.

Mesmo neste caso, o tribunal mantém um poder discricionário para decidir se os motivos de confidencialidade em causa são suficientes para justificar a exclusão de provas ou a produção de certos documentos¹³⁷, refletindo “o artigo 3.º a crença de

¹³⁴ HOFFMANN; SHETTY, *op. cit.*, p. 208.

¹³⁵ Cit. por HOFFMANN; SHETTY, *op. cit.*, p. 208.

¹³⁶ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁷ Trata-se, no fundo, de uma colisão de direitos.

que alguns documentos internos podem ser sujeitos a produção em arbitragem internacional, mesmo aqueles que podem não ser produzidos num tribunal estadual em certas jurisdições. No entanto, as Regras da IBA também reconhecem que alguns documentos podem estar sujeitos a tais preocupações comerciais ou técnicas de confidencialidade¹³⁸, não devendo ser introduzidos no processo como prova, ou ser exigida a sua produção.

No uso daquele poder ou faculdade, o tribunal, ao decidir sobre a aplicação do critério da confidencialidade, deve recusar a produção de certos documentos quando encontre motivos concludentes. Ora, é sugerido que “a exclusão completa de documentos é justificada se o segredo tiver um valor económico elevado. O reverso da moeda é que existem motivos convincentes se a parte requerida incorrer em danos significativos no caso de o segredo ser divulgado. Noutras palavras, o segredo deve ser tão importante, que não se poderá esperar que a parte o divulgue num processo judicial¹³⁹. Assim, deve estar em causa um segredo fundamental da empresa, como, por exemplo, um cosmético que ainda não está patenteado nem começou a ser comercializado.

Os árbitros só podem decidir sobre os motivos de recusa de produção de documentos depois de os examinarem, o que, a ser um trabalho exclusivamente desenvolvido pelo tribunal, consumiria dezenas de horas, além de se traduzir num exercício tedioso e dispendioso. Em concreto, pode surgir a necessidade de editar os documentos que contêm informações confidenciais, o que tomaria ainda mais tempo do tribunal e, conseqüentemente, do processo arbitral. Neste sentido, nos termos do n.º 4 do art. 9.º das Regras da IBA, “o tribunal arbitral poderá, quando apropriado, tomar as medidas necessárias para permitir a apresentação de provas ou a sua sujeição a uma adequada proteção da confidencialidade”. São documentos confidenciais, mas não com um nível máximo de confidencialidade, podendo o seu conteúdo ser divulgado no âmbito de uma arbitragem, sob cuidados especiais e condições específicas. Um dos métodos que podem ser utilizados neste caso é o recurso a um *confidentiality expert*.

¹³⁸ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 93.

Esta possibilidade vem expressamente prevista no n.º 8 do art. 3.º das Regras da IBA, que prevê que, em circunstâncias excepcionais, o tribunal arbitral poderá determinar que não deve rever o documento, situação em que, após consultar as partes, tem a possibilidade de nomear um perito, independente e imparcial, sujeito à confidencialidade, para rever qualquer documento e analisar a objeção em causa. Com o recurso a este procedimento, e caso aquela objeção se verifique, o tribunal não toma conhecimento do conteúdo do documento, o que poderia influenciar, indevidamente, a sua decisão no caso concreto.

Têm-se colocado algumas questões quanto às funções e natureza deste *expert*, em concreto quanto a saber se a sua nomeação deve seguir o procedimento previsto no art. 6.º das Regras da IBA. Além de o entendimento dominante apontar no sentido de não serem obrigatoriamente aqui aplicáveis aquele procedimento¹⁴⁰, o Comentário às Regras reforça esta posição¹⁴¹. Quanto aos seus poderes, há quem entenda que o perito tanto pode desempenhar um papel ativo, através da mediação da situação quando as partes discordam sobre a produção de um documento ou da participação nas negociações sobre o procedimento a adotar quando um documento com conteúdo sensível deve ser produzido, como pode apenas gerir o processo de produção de prova e relatar o comportamento das partes ao tribunal arbitral¹⁴². Contudo, o n.º 8 do referido art. apenas prevê que este *expert* analise o documento e reporte as suas considerações sobre a validade do mesmo ao tribunal, a quem cabe a decisão definitiva sobre a validade da objeção suscitada e, conseqüentemente, a admissibilidade da junção do documento em causa. Se a objeção for confirmada, o documento deve ser devolvido à parte requerida, se não esta terá de apresentá-lo à contraparte e juntá-lo ao processo.

Ainda nesta matéria, mas num espectro mais geral, o n.º 13 do art. 3.º das Regras da IBA estabelece o caráter confidencial de qualquer documento submetido ou produzido por uma parte (ou por terceiros), e que não seja de domínio público, na medida em que será usado somente em conexão com a arbitragem. Esta previsão tem

¹⁴⁰ SANTOS, *op. cit.*, p. 237.

¹⁴¹ UGHI; KREINDLER, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴² HOUTTE, Hans van, "The Use of an Expert to Handle Document Production: IBA Rules on the Taking of Evidence (Art. 3(7))" in *International Arbitration 2006: Back to Basics*, p. 625 e 626.

o limite de a divulgação daqueles documentos poder ser exigida por uma parte para cumprir um dever legal, proteger um direito, ou executar ou impugnar uma sentença arbitral em sede judicial.

2.2.4.3 Procedimento

Quanto ao *timing* do pedido de produção de documentos, é frequente estabelecer-se um momento determinado no calendário processual para a mesma ocorrer, sendo que “na ausência de acordo específico entre as partes, as datas limite para a apresentação de provas documentais podem ser estabelecidas pelo tribunal para regular o procedimento e agilizar o processo”¹⁴³, o que resulta do poder-dever de gestão processual dos próprios árbitros. Nos casos de aplicação das Regras da IBA, é comum que o tribunal arbitral determine que os requerimentos devem ser apresentados “durante a fase em que as partes trocam as suas peças escritas com a apresentação do caso, ou, alternativamente, numa fase de saneamento anterior ao julgamento.”¹⁴⁴

O n.º 4 do art. 3.º das Regras da IBA prevê que a parte requerida deve produzir, no caso de não fazer nenhuma objeção, e no prazo determinado pelo tribunal arbitral, perante a outra parte, e, em certos casos, perante o tribunal, todos os documentos solicitados que estejam na sua “posse, custódia ou controlo”. Já no caso de apresentar alguma objeção quanto a algum ou alguns dos documentos solicitados, deve apresentar a sua resposta, por escrito, ao tribunal e às outras partes, nos termos do n.º 5 do referido art. e de acordo com a falha na verificação de algum dos requisitos do n.º 2 ou com as exceções previstas no n.º 2 do art. 9.º. Neste caso, nos termos do art. 3.º, o tribunal arbitral pode convidar as partes a tentarem resolver, entre elas, a objeção suscitada (n.º 6), ou pode ter de intervir diretamente, num prazo razoável, ordenando a parte a apresentar um ou mais documentos, de acordo com o pedido feito pela parte requerente, se considerar que o requerimento está, naqueles termos, conforme.

Quanto à forma de submissão dos documentos requeridos, o n.º 12 do art. 3.º requer a) que as cópias dos documentos sejam conformes aos originais e, a pedido do

¹⁴³ HOFFMANN.; SHETTY, *op. cit.*, p. 200.

¹⁴⁴ LOUSA, *op. cit.*, p. 54.

tribunal, a apresentação dos originais para inspeção; b) que os documentos em formato eletrónico sejam produzidos na maneira mais conveniente ou económica e num suporte normalmente utilizado, salvo acordo em contrário das partes ou, na sua ausência, se o tribunal decidir de outra maneira; e, d) que as traduções dos documentos sejam submetidas com os originais, marcadas como tal e com a identificação da língua original.

2.3 Modelo de Requerimento – a tabela de *Redfern*

Depois de analisados os art. 3.º e 9.º das Regras da IBA, importa referir, no âmbito dos requerimentos de produção de prova documental, uma prática cada vez mais comum na arbitragem internacional, que é a *Redfern Schedule*, cujo objetivo é criar um registo daqueles pedidos, dos argumentos utilizados pelas partes e da decisão do tribunal arbitral¹⁴⁵. Este instrumento permite definir, com precisão, as questões em disputa, de modo a que o tribunal tome conhecimento da posição das partes e das conclusões a que se chegaram após a troca de tabelas entre elas, o que lhe permitirá “tomar uma decisão informada sobre a apresentação ou não de um determinado documento ou categoria de documentos, sem ter de se envolver nos detalhes das trocas entre os advogados das partes e, geralmente, sem a necessidade de uma reunião.”¹⁴⁶ Além disso, esta tabela, concebida por REDFERN, que procedeu à adaptação do *Scott Schedule*, contribui para filtrar os pedidos de produção de prova, evitando as referidas *fishing expeditions*, e limitar os documentos trocados entre as partes aos que são essenciais aos factos por elas alegados no caso concreto¹⁴⁷.

Apesar de não existir um procedimento padrão para se elaborar um pedido de produção de prova, a não ser que tal seja determinado pelos árbitros, pelo que as partes podem fazê-lo da maneira que considerarem mais eficaz¹⁴⁸, o recurso à tabela

¹⁴⁵ O recurso à tabela de *Redfern* durante o processo de produção de documentos é expressamente recomendado pelas *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, elaboradas pela Comissão da ICC para Arbitragem e Resolução Alternativa de Litígios, no ¶ 55.

¹⁴⁶ BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 384, segundo os quais as interações sucessivas entre as partes, realizadas através da tabela, são arquivadas junto do tribunal arbitral, sendo que, muito frequentemente, a referida tabela é o principal, se não o único, canal de consulta e comunicação entre as partes sobre as suas objeções aos pedidos de apresentação de prova à contraparte.

¹⁴⁷ HARRIS, Peter; LUTTRELL, Sam, “Reinventing the Redfern” in *Journal of International Arbitration*, p. 354.

¹⁴⁸ HOFFMANN; SHETTY, *op. cit.*, p. 201.

de *Redfern* pode ser útil até no momento em que é preenchida, já que leva a uma troca de pontos de vista entre os advogados das partes, tornando as respectivas posições mais claras. É o caso de, por exemplo, a parte requerida mencionar que consegue produzir documentos relativos a um determinado período de tempo, mas não mais, porque seria invasivo, ou que, apesar de não dispor das atas das reuniões do Conselho Fiscal, pode divulgar as atas relevantes das reuniões do Conselho de Administração, o que significa que a natureza dos pedidos e das objeções podem alterar-se ao longo da discussão¹⁴⁹. Deste modo, o intuito desta tabela é o de “evitar que o tribunal tenha que se pronunciar sobre todos os requerimentos apresentados pelas partes, fazendo-o apenas em relação aos pedidos em que as partes não consigam chegar a um consenso”, contribuindo ainda a sua formatação para o “desincentivo gráfico”¹⁵⁰.

Este instrumento concentra, sob a forma de tabela, a identificação da documentação solicitada, nos termos da al. a), i) do n.º 3 do art. 3.º das Regras da IBA, na primeira coluna, os motivos pelos quais esses documentos são necessários (de acordo com a al. b) do referido artigo, além dos requisitos da respetiva al. c)), na segunda, a resposta da parte requerida a esse requerimento, acompanhada das devidas objeções, na terceira, e a decisão final do tribunal arbitral na quarta coluna¹⁵¹. Remete-se para o anexo 1 do presente trabalho, no qual se apresenta uma tabela de *Redfern* exemplificativa.

Esta tabela poderá ser trocada entre as partes as vezes possíveis durante um prazo pré-fixado pelo tribunal arbitral que, se considerar que a tabela, tal como está, não contém informações suficientes para a tomada de uma decisão devidamente fundamentada, poderá solicitar elementos adicionais ou, excecionalmente, marcar uma reunião com as partes, e os seus advogados, para analisar os pedidos de produção contestados com maior detalhe, o que, além de contribuir para resolver alguns dos problemas relacionados com a produção de prova, pode revelar-se essencial para o tribunal confrontar as partes diretamente sobre as questões em litígio.¹⁵²

¹⁴⁹ BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 383 e 384.

¹⁵⁰ LOUSA, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵¹ Pode encontrar-se ainda, na prática, uma quarta coluna destinada à resposta às objeções feitas pela contraparte ao pedido de produção, passando a decisão do tribunal para uma quinta coluna.

¹⁵² BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 384.

Têm vindo a ser feitas sugestões para “trazer a realidade comercial de volta” à tabela de *Redfern*, designadamente a inclusão de uma coluna com os custos estimados para a produção de cada documento, traduzindo o pedido em termos monetários, e a proposta da produção de documentos relativos a períodos mais curtos (por exemplo, em vez do período solicitado pela requerente entre maio de 2010 e maio de 2014, propor o período entre maio de 2010 e maio de 2012)¹⁵³. Apesar das vantagens, o recurso a este tipo de abordagem envolve riscos como o de a parte contrária por em causa os números fornecidos como custos de produção, o de o tribunal não dar crédito à estimativa e o de ser muito difícil para a parte requerente estimar aqueles custos, já que poderá não fazer ideia da quantidade de documentos em causa, além de que, se os custos reais de produção excederem a estimativa dada no *Redfern*, poderá limitar a recuperação das custas no fim do processo¹⁵⁴. Por fim, e com o objetivo de tornar o uso da tabela de *Redfern* mais eficiente, VEEDER¹⁵⁵ propôs um conjunto de códigos, no formato de abreviações dos motivos de objeção aos pedidos de produção de documentos, previstos no n.º 5 do art. 3.º das Regras da IBA.

2.4 Síntese conclusiva

Apesar da diversidade de abordagens no que diz respeito à obtenção de documentos em posse da parte contrária, tem sido efetuado um esforço no sentido de harmonizar as práticas na arbitragem internacional, tendo como principais preocupações não só a de assegurar a garantia do direito de apresentação do caso pelas partes, entendido quase como que um direito à prova, como também a de promover a eficiência e a diminuição de custos na condução do processo arbitral, designadamente no campo da obtenção e produção de prova. Exemplo disto mesmo são as Regras da IBA, que foram elaboradas, e posteriormente revistas, com o intuito

¹⁵³ HARRIS; LUTTRELL, *op. cit.*, p. 356, que entendem “poder valer a pena a parte produtora dos documentos declarar que, caso receba custas no final do caso, procurará recuperar a estimativa dada no *Redfern*. Esta abordagem aumenta a credibilidade da estimativa e promove uma avaliação realista dos custos que realmente serão incorridos.”

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 358 e 359.

¹⁵⁵ BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op.cit.*, p. 384 (nota de rodapé 81): “por exemplo, quando a parte requerida se opõe com base em que o documento solicitado não é relevante para o resultado do caso (de acordo com os artigos 3 (3) (b) e 9 (2) (a)), inserirá o código “M” na terceira coluna da tabela; quando a parte requerida objetar com base no fato de que a solicitação é excessivamente ampla (de acordo com o artigo 3 (3) (a) (ii)), inseriria o código “B”.

de, perante as soluções aplicáveis por diferentes tradições jurídicas e as distintas concepções quanto ao melhor modo de produzir prova, promover um procedimento equilibrado e a adoção de regras ponderadas no contexto da arbitragem internacional. Assim, estas Regras preveem expressamente a possibilidade de uma parte fazer um requerimento de produção de documentos em posse da contraparte, se estes forem relevantes para o caso e importantes (materiais) para a sua decisão, exigindo ainda uma certa especificidade quanto à sua identificação, com o objetivo de evitar as chamadas *fishing expeditions* que implicam demoras e custos desmedidos. Além disso, a parte requerente deve reforçar que os documentos em causa não estão em sua posse, ou que seria excessivamente oneroso produzi-los, mas na da contraparte.

Ainda quanto a este requerimento, não devem verificar-se, no caso concreto, alguma das exceções à valoração de prova previstas no artigo 9.º das Regras, como um impedimento legal, o sigilo profissional ou a confidencialidade material ou técnica da documentação solicitada. Finalmente, a tabela de *Redfern* tem a vantagem de concentrar os pedidos de produção, as sucessivas trocas de argumentos entre as partes, e, posteriormente, a decisão do tribunal, o que contribui para evitar longas descrições e fundamentações dos requerimentos apresentados, ao mesmo tempo que coloca o tribunal a par das comunicações efetuadas pelas partes quanto aos temas em discussão. Trata-se de um mecanismo que facilita a agilização do processo arbitral e, por consequência, potencia os propósitos de eficiência e economia numa arbitragem internacional ou doméstica, sem distinções.

Capítulo III – As inferências negativas

3. Considerações gerais

Uma vez expostas, em primeiro lugar, as principais disposições relativas à condução do processo arbitral, nomeadamente em matéria de prova, constantes de alguns diplomas legais, regulamentos arbitrais e instrumentos de *soft law* no contexto da arbitragem internacional, foi feita, em segundo lugar, uma análise mais profunda à produção de prova, em concreto, ao mecanismo da obtenção de documentos em posse da parte contrária. Neste âmbito, foram explicitados os requisitos exigidos pelas Regras da IBA, que não só podem ser aplicáveis, no caso concreto, por acordo das partes, como por decisão do tribunal, que pode recorrer àquele diploma como um mero guia. Percebemos, neste contexto, a importância dos instrumentos de *soft law*, designadamente do trabalho desenvolvido pela IBA, já que são concretizadas muitas das disposições que se encontram genericamente previstas nas leis e nos regulamentos, que assumem um carácter vinculativo e obrigam os intervenientes da arbitragem, mas cujo objetivo não passa pela previsão e descrição exaustivas dos casos reais.

Passamos, neste terceiro capítulo, a analisar a questão do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos do tribunal arbitral, que pode ser emitida nos termos apresentados nas páginas anteriores, particularmente uma das possíveis consequências daquela conduta omissiva das partes na arbitragem. Ora, este é um meio de resolução alternativa de litígios de natureza privada, a que as partes decidem, voluntariamente e por acordo, recorrer e em que o contrato por elas celebrado determina a jurisdição do tribunal arbitral¹⁵⁶. Por este motivo, faltam-lhe poderes coercivos¹⁵⁷, de que gozam, em princípio, os tribunais estaduais, para impor a uma parte que produza determinada prova. Perante este panorama, BEDROSYAN propõe três medidas que os árbitros podem tomar para impedir as partes de reterem prova

¹⁵⁶ GOUVEIA, *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁷ SHARPE, Jeremy K., “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence” in *Arbitration International*, p. 550 e 551; no mesmo sentido, BEDROSYAN, Alexander Sevan, “Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?” in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, p. 241, SANTOS, *op. cit.*, p. 245 e RAMOS, Ana Morales, “La deducción de inferencias negativas de la producción de prueba. La práctica en Litigios y Arbitrages Internacionales y, en particular, la experiencia del Irán – U.S. Claims Tribunal” in *Revista del Club Español del Arbitraje*, p. 29.

em sua posse: 1) impor sanções monetárias, 2) requerer que a parte suporte as custas da arbitragem e as taxas legais da parte contrária, e/ou 3) retirar uma inferência negativa contra a parte requerida¹⁵⁸.

A questão da imposição de sanções económicas pelos tribunais arbitrais é ainda controversa¹⁵⁹, na medida em que não se encontra explicitamente prevista em nenhum regulamento de arbitragem institucionalizado, além de assumir-se como uma sanção de natureza pública¹⁶⁰. Por outro lado, o problema com uma decisão arbitral que determine o pagamento das custas e das taxas legais assenta no seu efeito dissuasor, uma vez que, na maioria dos casos, a parte preferirá pagar as custas de um processo arbitral que venceu porque não apresentou provas que lhe eram desfavoráveis, do que dividir os referidos montantes porque perdeu um caso em que apresentou aquela prova¹⁶¹.

Por fim, e em relação ao objeto essencial deste trabalho, o poder de o tribunal arbitral retirar inferências negativas da conduta omissiva de uma parte na produção de prova, em circunstâncias concretas, não só está legalmente previsto, o que se constatará *infra*, como é reconhecido pela maioria da doutrina e jurisprudência internacionais¹⁶². Quanto à sua importância prática, a inferência permite colocar as partes na posição em que estariam caso a parte requerida tivesse produzido as provas solicitadas, anulando, desta forma, a vantagem desta última no procedimento arbitral. Assim, trata-se, como veremos, de um instrumento importante a que o árbitro pode recorrer para incentivar as partes a produzirem prova relevante para o conhecimento do caso e que pode influenciar a sua decisão final. De seguida, depois de ser feita uma breve apresentação desta figura e das questões com ela relacionadas no contexto

¹⁵⁸ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 249, de acordo com o qual a terceira opção “possui legitimidade legal e eficácia prática que a primeira e a segunda opções, respetivamente, não têm.”

¹⁵⁹ BORN, *op. cit.*, p. 2316, entende que “os tribunais arbitrais internacionais têm o poder, ao abrigo de várias leis nacionais, de impor pelo menos algumas sanções coercivas a partes que não cumprem ordens processuais”, como sanções monetárias ou outras medidas similares; pelo contrário MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 180, entende que, as partes esperam que o tribunal arbitral resolva as questões de mérito em disputa, mas dificilmente poderão esperar que sejam emitidas sanções monetárias se estas não foram previstas na convenção de arbitragem.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Cf., por exemplo, BORN, *op. cit.*, p. 2391, GAILLARD; SAVAGE, *op. cit.*, p. 698, KRÖLL; LEW; MISTELIS, *op. cit.*, p. 566, BLACKABY; HUNTER; PARTASIDES; REDFERN, *op. cit.*, p. 387 e SANTOS, *op. cit.*, p. 246.

arbitral, será apresentado o elenco de requisitos que normalmente são referidos, pela doutrina e pela jurisprudência, como adequados para a retirada de inferências negativas na sequência do incumprimento de uma ordem de produção de documentos.

3.1 Conceito

As inferências negativas traduzem-se numa regra de prova que permite deduzir que a prova não produzida por uma das partes, apesar de estar ao seu dispor, é prejudicial aos seus interesses no caso concreto¹⁶³. Por exemplo, e em termos muito simples, se um tribunal arbitral ordenar a uma parte, a requerimento da outra, a apresentação de uma cópia de um relatório financeiro e esta não o fizer, o tribunal pode inferir que os factos nele constantes lhe são desfavoráveis. Alguns autores consideram que as inferências negativas se incluem na categoria de “prova indireta”, que difere da “prova direta” em função do seu valor, constituindo a prova documental um exemplo desta última categoria¹⁶⁴. Nesta perspetiva, “ao retirar uma inferência negativa, o *factfinder* considera que a não produção de prova por uma parte é uma prova indireta de um facto, pelo qual a parte se recusa a produzir provas diretas”¹⁶⁵, sendo que o facto de se tratar de uma regra de prova significa, por um lado, que o árbitro ou o juiz não vão automaticamente decidir contra a parte que não produziu a prova ordenada, mas, sim, ponderar essa prova indireta com as restantes provas produzidas no âmbito de um determinado processo¹⁶⁶. Por outro, resulta que a prova indireta pode ter um peso inferior quando comparada com a prova direta.

Perante este cenário, distinguem-se as inferências negativas “impróprias”, em que o caso do requerente é consistente e conclusivo com base nas provas por ele apresentadas, pelo que a inferência em causa apenas influencia o peso atribuído a prova existente (direta)¹⁶⁷, das inferências em sentido “próprio”, que se traduzem nas

¹⁶³ HOUTIE, Vera Van, “Adverse Inferences in International Arbitration” in *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, p. 195.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 198, segundo a qual um árbitro não deverá dar a mesma importância a uma prova indireta, pelo que “a inferência negativa em si própria é insuficiente para justificar uma convicção íntima ou para criar uma “preponderância da prova””; no mesmo sentido RAMOS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁵ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 247.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 248.

¹⁶⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo, “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart” in *Journal of International Arbitration*, p. 9, dá o seguinte

situações em que o caso da parte requerente se afigura, de facto, como incompleto em matéria de prova, sendo a inferência utilizada para substituir uma prova essencial que não foi apresentada¹⁶⁸. Nestes termos, a retirada de inferências negativas não deve, no entanto, ser vista como como uma “sanção ou uma punição pela não produção” de documentos, mas como uma regra de prova que deve ser ponderada em conjunto com as restantes provas constantes do processo, no caso concreto¹⁶⁹. Em conclusão, o facto desfavorável que se retira da não apresentação de um documento pela parte que dele dispõe, deve estar associado a outros elementos diretos de prova constantes do processo, com um peso ou valor considerado superior¹⁷⁰.

3.2 O ónus e o valor da prova

No estudo deste tema importa referir algumas questões relacionadas com o ónus da prova (e da sua produção), matéria que não se contra na livre disposição do tribunal arbitral, mas, pelo contrário, sujeito à lei processual aplicável. A regra geral na arbitragem internacional¹⁷¹ é a de que cada parte tem o ónus de provar os factos alegados para sustentar a sua posição¹⁷², independentemente do seu estatuto de *Cl.* ou *Resp.*¹⁷³. O ónus funciona como um elemento para orientar a conduta das partes quanto à produção de prova, que, se não for cumprido, implicará, para a respetiva

exemplo: “suponhamos que o requerente, um construtor, afirma que o proprietário (demandado) solicitou modificações no projeto da obra durante uma reunião em que várias testemunhas estiveram presentes. Testemunhas de ambos os lados confirmam que a reunião ocorreu, mas oferecem um testemunho contraditório sobre se tais modificações foram solicitadas. O requerente consegue provar que o demandado manteve um registo das referidas reuniões. O tribunal ordena então ao demandado que produza os registos. Este recusa-se, mas não apresenta qualquer justificação. Consequentemente, o tribunal está autorizado a atribuir mais peso ao testemunho das testemunhas do requerente, decidindo, portanto, a seu favor.”

¹⁶⁸ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix, “Adverse Inferences in International Arbitral Practice” in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, p. 183-187.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 188

¹⁷⁰ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 198 e 199, afirma que “a presunção que a inferência negativa constitui pode dispensar o requerente de ter de provar mais tarde o caso que ficou estabelecido como *prima facie*.”

¹⁷¹ E no direito português, conforme o art. 342.º do CC.

¹⁷² *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd. v. Republic of Indonesia*, caso n.º ARB/12/14 e 12/40 do ICSID, Award, 06/12/16.

¹⁷³ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 196; esta é a regra prevista no n.º 1 do art. 27.º das Regras da UNCITRAL, por exemplo.

parte, o risco de ver o facto que alega decretado como não provado (com as possíveis consequências que isso poderá ter na decisão final), funcionando, ao mesmo tempo, como uma “regra de julgamento” para assistir o tribunal a estabelecer os factos na ausência de provas¹⁷⁴. Podem, assim, verificar-se situações nas quais a parte que tem o ónus da prova não o consegue cumprir, pois o documento necessário encontra-se exclusivamente na posse da parte contrária (ou esta está em melhores condições de produzi-lo).

Neste âmbito, há, por um lado, quem defenda que, se a parte que suporta o ónus da prova conseguir apresentar prova *prima facie* do seu caso, ou de “primeira aparência”, aquele transfere-se para a parte contrária¹⁷⁵, a qual deve apresentar prova que refute aquela versão dos factos. Por outro lado, argumenta-se que o ónus da prova não é o mesmo que o ónus que recai sobre uma parte de produzir prova, pelo que não é o ónus da prova que se transfere para a parte que não apresenta o documento¹⁷⁶, mas sim este último ónus de produção¹⁷⁷: isto é, se a parte que suporta o ónus apresentar prova suficiente para criar a presunção de que o que alega é verdadeiro, o ónus transfere-se para a outra parte, que falhará se não apresentar prova adequada a contrariar aquela presunção¹⁷⁸. Esta transferência do *onus probandi* realiza-se, geralmente, quando é ponto assente que uma das partes já não terá acesso a determinada prova documental, em resultado, por exemplo, de uma revolução política no país¹⁷⁹. Na prática, a parte requerente mantém o ónus da prova, mas a lacuna causada pela falta do documento solicitado à contraparte é colmatada com a inferência retirada pelo tribunal arbitral¹⁸⁰.

Deste modo, a consequência para uma parte que não apresenta provas que refutem o caso *prima facie* exposto pela contraparte não será, necessariamente, “a

¹⁷⁴ AMARAL, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁵ DAY, Margaux; SCHARF, Michael P., “The International Court of Justice’s Treatment of Circumstantial Evidence and Adverse Inferences” in *Chicago Journal of International Law*, p. 127 e 128; no mesmo sentido, SANTOS, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷⁶ No “Final Award in Case 11770” in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, n.º 2, 2011, o tribunal arbitral considerou que muito raramente, ou nunca, será “apropriado transferir o ónus da prova da parte requerente da produção de documentos para a parte requerida.”; neste sentido, AMARAL, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁷ SHARPE, *op. cit.*, p. 553.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 552 e 553.

¹⁷⁹ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 196.

¹⁸⁰ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 175, refere que “as inferências negativas são conclusões factuais.”

mesma para uma parte que não cumpriu o seu ónus da prova”¹⁸¹. Contudo, podem existir alguns casos, excepcionais, em que o ónus da prova, de facto, se transfere para a parte que se recusa a produzir documentos, já que “existem muitos graus de inferência que variam consoante o seu valor, dependendo da força do caso da parte requerente sem os documentos solicitados (muitas vezes referida como prova *prima facie*), e a qualidade ou conteúdo da prova que não chega a ser apresentada”¹⁸².

Questão diferente é a da *standard of proof*, que se traduz num “grau de prova” relacionado com a qualidade e o peso dos meios de prova apresentados pelas partes¹⁸³. Esta é mais uma matéria que, em princípio, será regulada pela lei processual aplicável no processo arbitral em concreto, sendo que vários regulamentos arbitrais, como vimos no primeiro capítulo, concedem aos árbitros o poder de determinar a “admissibilidade, relevância e materialidade” da prova junta pelas partes. Apesar de nenhum destes conjuntos de regras determinarem aquele termo, é comum os advogados dos sistemas continentais utilizarem o conceito de “convicção íntima” do árbitro, enquanto os advogados dos sistemas de matriz anglo-saxónica frequentemente recorrem a termos como o de “preponderância da prova” ou “um balanço de probabilidade”¹⁸⁴. Deste modo, e tendo em conta a larga margem de discricionariedade dos árbitros em matéria de análise e ponderação da prova trazida ao processo pelas partes¹⁸⁵, quando uma delas não apresenta as provas documentais esperadas, que estejam sob o seu controlo, dado o caso *prima facie* contra ela apresentado, ou o facto de ter sido especificamente requerida a sua produção, essa falta de elementos de prova pode ser incluída pelo tribunal na prova geral com base na qual este formará a sua opinião para decidir no caso concreto¹⁸⁶. Assim, as

¹⁸¹ *Idem*, p. 197.

¹⁸² GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 182.

¹⁸³ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 197.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 198.

¹⁸⁵ Cf. “Final Award in Case 15583” in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n.º 1, 2016, p. 139, em que é referida a larga margem de discricionariedade do tribunal arbitral para decidir sobre os factos em disputa, com base na prova constante do processo e nas circunstâncias do caso concreto, sendo que a inferência que pode ser retirada da não produção de documentos pelo *Respondent* não obriga o tribunal a considerar as alegações do *Claimant* sobre aqueles factos como “estabelecidos” ou considerados como “provados”; na prática, “o tribunal deve ter em conta a falha do *Respondent* quando apreciar o valor da prova existente e decidir sobre a distribuição do ónus da prova em casos em que a prova ou informação-chave estão sob o controlo exclusivo da parte que se recusa a cooperar.”

¹⁸⁶ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 198.

inferências também não se traduzem em situações de diminuição qualitativa do padrão de prova ou de aceitar meros elementos de prova circunstanciais para provar uma alegação de facto, já que a lacuna provocada pela ausência de produção do documento em causa será compensada a partir da inferência negativa daí retirada¹⁸⁷.

3.3 A previsão e o papel das inferências

Qualquer uma das partes em litígio precisa de comprovar a sua versão dos factos, ou impugnar os factos alegados pela contraparte, através de meios de prova, como documentos, a que poderá não ter acesso por estarem na posse de outras partes¹⁸⁸. Por sua vez, estas não têm nenhum dever ou obrigação de divulgar o conteúdo de documentos desfavoráveis à sua defesa, além de que os árbitros também não terão o poder de obrigá-las a apresentar esses documentos, como referido anteriormente. Pensemos na seguinte hipótese: um tribunal arbitral não tem poderes para acusar uma parte de desrespeito ao tribunal por não cumprir uma ordem, nem pode providenciar que as autoridades judiciais ou policiais competentes busquem e apreendam, fisicamente, documentos nas instalações de uma das partes; além disso, embora algumas leis de arbitragem domésticas prevejam a assistência de tribunais estaduais nesta matéria, estas disposições raramente operam em arbitragens internacionais, tendo ainda em conta que o recurso aos tribunais nacionais é geralmente indesejável, já que uma das razões pelas quais as partes escolhem a arbitragem é precisamente evitar o litígio nos tribunais judiciais, sobretudo no estrangeiro¹⁸⁹. Este cenário implica que, muitas vezes, a parte possa ficar privada, injustamente, de conseguir provar um facto que alega ou de defender-se de acusações contra si feitas¹⁹⁰. Além disso, a falta de poder coercivo dos árbitros para levar a que as partes e os seus advogados adotem um comportamento adequado, ou para sancioná-los, aliada ao incentivo dos advogados em fazer com que as partes que representam ganhem, criam o risco de que as mesmas sejam incentivadas a não

¹⁸⁷ AMARAL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁸ De acordo com GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 180, “a prova documental contemporânea é geralmente considerada a melhor forma de prova na arbitragem internacional”.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ SHARPE, *op. cit.*, p. 549.

apresentar prova documental desfavorável, mesmo perante a ordem de um tribunal arbitral nesse sentido¹⁹¹.

De forma a tentar reduzir o impacto destes problemas, e incentivar as partes a produzir prova, alguns regulamentos arbitrais, diplomas de *soft law*, bem como algumas leis de arbitragem doméstica¹⁹², preveem expressamente como poder dos árbitros o de retirar inferências negativas do incumprimento da ordem de produção de documentos pela parte requerida, nos termos, por exemplo, das Regras da IBA, tal como enunciado no capítulo anterior. Neste âmbito, o n.º 5 do artigo 9.º destas Regras prevê que se uma parte não apresentar, sem uma explicação satisfatória, um documento solicitado no âmbito de um requerimento de produção, em relação ao qual não se tenha oposto em tempo devido¹⁹³ ou caso não tenha, de todo, sido apresentado o documento ordenado pelo tribunal arbitral, este poderá inferir que o referido meio de prova é desfavorável aos interesses daquela parte¹⁹⁴. Além disso, também as Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais determinam, na diretriz 26, al. b), que “se o tribunal arbitral, depois de notificar as partes e conceder-lhes uma oportunidade razoável de serem ouvidas, considerar que um representante de uma delas adotou uma má conduta, poderá, se considerar apropriado, retirar as devidas inferências das provas invocadas ou dos argumentos jurídicos avançados pelo representante da parte.”. Relativamente a Centros de Arbitragem institucionalizada, o Regulamento da AAA¹⁹⁵ prevê a mesma possibilidade em caso de incumprimento de uma ordem do tribunal quanto a apresentação de documentos, assim como as regras arbitrais do ICSID¹⁹⁶, apesar de

¹⁹¹ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 244; neste sentido, HARRIS; LUTTRELL, *op. cit.*, p. 354 e 355.

¹⁹² Por exemplo, no *Arbitration Act* de 1966, sec. 41, n.º 7, al. b); o art. 1467.º do CPC francês determina que “se a parte possui um elemento de prova, o tribunal arbitral pode ordenar que a parte o apresente, determinar a sua forma de produção e, se necessário, prever as consequências da sua não produção”.

¹⁹³ GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 189, indicam que este primeiro caso “refere-se à situação habitual em que o requerente faz um pedido de produção e o tribunal arbitral concede ao demandado um prazo razoável para se opor. Se o requerido não fizer objeções, considera-se que aceitou o pedido de produção. Esta não resposta alivia a necessidade de uma ordem de produção do tribunal arbitral.”

¹⁹⁴ Nas mesmas circunstâncias, o n.º 6 deste art. 9.º prevê ainda a possibilidade de retirada de inferências negativas pelo tribunal arbitral caso a parte falhe, sem uma explicação convincente, na produção de qualquer outro meio de prova relevante solicitado pela contraparte, ou cuja produção foi ordenada pelo tribunal, como, por exemplo, prova testemunhal.

¹⁹⁵ Nos art. 20.º, n.º 7 e 21.º, n.º 9.

¹⁹⁶ No seu art. 34.º, n.º 3.

implicitamente. Quanto a textos não vinculativos, as *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* indicam, no seu ¶ 51, que “as partes poderão ser avisadas que, se a parte convidada a produzir prova documental falhar na sua produção dentro do prazo estabelecido, sem demonstrar uma causa justificativa dessa falha, o tribunal arbitral é livre de retirar as suas conclusões (...)”. Ademais, existem ainda várias decisões de tribunais judiciais que se recusam a anular (ou confirmam) sentenças arbitrais, por violação dos princípios do *due process* ou da ordem pública, em cujo procedimento foram retiradas inferências negativas pelos árbitros¹⁹⁷, como se confirmará adiante.

Deste modo, apesar de algumas discrepâncias encontradas nas leis domésticas ou nas regras internacionais, é geralmente aceite e reconhecido que, se uma parte se recusar a apresentar certos documentos sem uma explicação razoável, os árbitros podem inferir que os mesmos revelariam um conteúdo desfavorável (a não ser que as partes tenham acordado em sentido contrário)¹⁹⁸, mas apenas se a parte requerente oferecer argumentos e prova bastantes para a retirada daquela inferência, pelo que “se uma decisão é justificada pelos argumentos e a prova oferecidos pelas partes, as inferências surgem como supérfluas”¹⁹⁹, não se tratando de um mecanismo que opera automaticamente, mas cuja aplicação depende de uma avaliação casuística por parte dos árbitros. É comum mencionar-se um efeito dissuasor das inferências negativas, na medida em que a sua “ameaça” pode incentivar uma *disclosure* apropriada, que facilita a apresentação do caso por cada uma das partes e, ao mesmo tempo, fornece aos tribunais arbitrais elementos adicionais para uma tomada de decisão informada e fundamentada, o que promove a própria eficácia internacional da decisão arbitral, e pode até incentivar, em grande medida, o seu cumprimento voluntário. Assim, as inferências negativas constituem um mecanismo útil para colmatar lacunas em termos de prova e auxiliar as partes na apresentação dos seus casos, apesar de também envolverem o risco de a sentença arbitral poder ser judicialmente impugnada.

¹⁹⁷ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 245.

¹⁹⁸ Segundo AMARAL, *op. cit.*, p. 9, este poder, comumente aceite, tem origem na “liberdade de julgamento” ou no “poder discricionário” dos árbitros em relação à “admissibilidade, relevância, pertinência e o valor” de qualquer meio de prova, tal como mencionado no capítulo inicial deste trabalho.

¹⁹⁹ SHARPE, *op. cit.*, p. 550.

Este poder deve, todavia, ser aplicado pelos tribunais arbitrais em circunstâncias excepcionais e com uma cautela acrescida: primeiro, os diplomas de regras ao nível das arbitragens internacionais e nacionais oferecem orientações escassas, sobretudo práticas, quanto à aplicação das inferências; depois, a jurisprudência sugere que, em determinadas circunstâncias, os árbitros recorrem às inferências para permitir que as partes cumpram com o seu ónus de prova, tendo em conta as limitações dos órgãos jurisdicionais e dos tribunais arbitrais internacionais no que respeita ao conhecimento dos factos e a sua falta de poder coercivo. Apesar de os tribunais poderem, assim, recorrer às inferências para incentivar uma parte a produzir prova desfavorável ao seu caso, BEDROSYAN insinua que é menos provável que os árbitros utilizem este tipo de raciocínio presuntivo, com consequências prejudiciais para quem incumpe ordens de apresentação de prova, em comparação com os juízes de tribunais estaduais, o que significa que aquelas partes que não produziram a prova requerida beneficiaram, nas arbitragens em que participaram, “da natureza limitada da inferência que os tribunais poderiam extrair.”²⁰⁰

Segundo este Autor, as principais diferenças, em matéria de inferências negativas, entre os processos arbitral e judicial são: o tipo de *factfinder*, a falta de punibilidade e a finalidade das decisões arbitrais²⁰¹. Em primeiro lugar, os árbitros, na arbitragem internacional, não retiram as inferências negativas amplas e potencialmente prejudiciais que os juízes retiram nos processos judiciais, uma vez que os primeiros retiram inferências concretas, relativas à questão específica a que a prova não apresentada diz respeito, em vez de o fazerem em relação ao caso como um todo, tendo em conta a natureza culposa da conduta omissiva da parte, o que lhe poderá, ainda, permitir ganhar o processo²⁰². Em segundo lugar, a parte que não apresenta os documentos solicitados consegue, razoavelmente, prever que o tribunal arbitral pode estar relutante em decidir questões jurisdicionais com base em provas indiretas²⁰³. Por fim, o grau de familiaridade das partes com o tribunal arbitral pode influenciar na decisão sobre apresentar, ou não, os documentos ordenados, tendo em conta que

²⁰⁰ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 247.

²⁰¹ *Idem*, p. 259; este autor faz, na *op. cit.*, um estudo sobre as inferências negativas no processo judicial, nas p. 251-258.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Idem*, p. 265.

existe uma interação pontual entre eles durante o procedimento arbitral, permitindo à parte analisar a predisposição do tribunal em retirar inferências contra ela, bem como o seu nível de exigência: “uma parte que venceu na maior parte das decisões interlocutórias do tribunal pode ter menos a temer do que uma a quem um tribunal recém-constituído é desconhecido.”²⁰⁴ Outra questão relevante é a dos danos punitivos, já que nem a conduta omissiva de uma parte quanto à produção de documentos, nem a inferência negativa que lhe é subjacente sujeitarão essa parte à responsabilização naqueles moldes²⁰⁵. Finalmente, ao contrário do procedimento nos tribunais judiciais, a parte, numa arbitragem, apenas tem de justificar a sua não produção de prova, em audiência, a um único tribunal arbitral, o que torna mais provável a obtenção de vantagens, quanto a este aspeto, num processo arbitral, do que na via judicial²⁰⁶.

3.4 Os critérios de aplicação apresentados pela doutrina e pela jurisprudência

Tal como mencionado *supra*, apesar de estar previsto expressamente, em vários diplomas, o poder dos árbitros retirarem inferências negativas da conduta omissiva da parte quanto à produção de prova, nenhum deles especificamente estabelece os moldes práticos em que tal raciocínio poderá, ou deverá ser aplicado. Deste modo, “por se tratar de uma matéria que poderá suscitar maiores dúvidas em termos de concretização prática, sendo relevante procurar assegurar algum grau de previsibilidade, igualdade e uniformização na aplicação feita pelos tribunais arbitrais desta possibilidade de retirar “inferências negativas” da atuação das partes”²⁰⁷, a doutrina tem vindo a identificar e desenvolver um conjunto de critérios para a retirada daquelas ilações, sendo que o objetivo do presente trabalho passa, precisamente, por expô-los, de uma forma compacta, neste último ponto.

Assim, é frequente encontrar-se um conjunto de pressupostos comuns em várias decisões arbitrais, e em obras de diversos autores, apesar de ser mencionado

²⁰⁴ BEDROSYAN, *op. cit.*, p. 266 e 267.

²⁰⁵ *Idem*, p. 269.

²⁰⁶ *Idem*, p. 271 e 272.

²⁰⁷ SANTOS, *op.cit.*, p. 248.

que os tribunais arbitrais são, no geral, relutantes em retirar inferências negativas²⁰⁸, optando por contornar a questão e decidir o caso por outros meios, num esforço para evitar o surgimento de problemas relacionados com o respeito pelos princípios do *due process*²⁰⁹. Quando o fazem, os árbitros devem, no entanto, guiar-se, ou pelo menos ter em conta os critérios que serão apresentados *infra*, que, na sua maioria, são retirados de várias decisões arbitrais publicadas (como, por exemplo, do IUSCT²¹⁰), tendo ainda em conta algumas decisões de tribunais estaduais sobre a anulação ou a confirmação de *awards* em que se recorreu a inferências negativas.

Quanto ao poder dos árbitros de retirarem inferências negativas da não produção de documentos por uma das partes, quando aplicáveis as Regras da IBA, à parte contra a qual se retirará aquela inferência deve ter sido solicitada ou ordenada a produzir uma determinada prova em concreto, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do art. 9.º, pelo que a falha na produção voluntária de um documento não está contemplada²¹¹. Por outro lado, HOUTTE indica ainda a possibilidade daquele artigo ser interpretado no sentido de não poder ser retirada uma inferência negativa a não ser que uma ordem do tribunal arbitral tenha efetivamente sido incumprida, tendo em conta o procedimento previsto nos art. 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 10, das Regras da IBA, segundo o qual, se o tribunal não ordenar que a prova solicitada por uma parte seja produzida pela outra, esta não tem a obrigação de fazê-lo²¹². Além disso, a prova requerida deve ser específica, relevante e material, nos termos dos preceitos referidos²¹³, sendo que, ainda quanto aos requisitos formais de aplicação das inferências ao abrigo das Regras da IBA, impõe-se que o ónus de produção imposto exclusivamente a uma parte possa ser cumprido, o que significa que à “parte requerida a submeter prova documental ou

²⁰⁸ BORN, *op. cit.*, p. 2392 e 2393.

²⁰⁹ GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 190.

²¹⁰ É um tribunal arbitral internacional estabelecido na sequência dos Acordos da Argélia de 10/01/81, celebrados entre a República Islâmica do Irão e os EUA, para resolver litígios entre nacionais de um daqueles Estados contra o outro, bem como alguns litígios entre os dois Estados. Por este motivo, e como ressalva AMARAL, *op. cit.*, p. 12, as partes nunca poderiam exigir a produção da prova solicitada através da assistência dos tribunais judiciais, tendo em conta que “o ambiente revolucionário que se viveu no Irão resultou na destruição de meios de prova relevantes a que as partes deixaram de poder recorrer”.

²¹¹ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 198.

²¹² *Idem*, p. 201.

²¹³ *Idem*, p. 202.

²¹⁴ *Ibidem*.

testemunhal deve ter sido dada a oportunidade de opor-se ao requerimento e explicar a sua falha em disponibilizá-la.”²¹⁴ Esta é uma exigência a ter em conta não só no âmbito da aplicação das Regras da IBA, como também, tal como veremos de seguida, no recurso à retirada de inferências negativas pelos tribunais arbitrais num contexto geral, independentemente da lei aplicável. Por fim, assim como a parte requerida pode opor-se a um pedido de produção de documentos no caso de se verificar alguma das objeções previstas no n.º 2 do art. 9.º das Regras da IBA, também não seria apropriado o tribunal arbitral prosseguir na retirada de uma inferência negativa caso alguma daquelas situações se verifique no caso concreto²¹⁵.

De uma forma geral, e independentemente da lei processual aplicável, SHARPE apresenta os seguintes critérios para o tribunal arbitral retirar uma inferência negativa do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos²¹⁶, tendo sempre em conta as circunstâncias do caso concreto²¹⁷:

a) Corroboração, pela parte requerente, da inferência negativa suscitada;

Entende-se que tribunais arbitrais devem recusar-se a retirar uma inferência negativa quando a parte requerente tem acesso a prova que confirma a referida inferência, mas não conseguiu produzi-la, ou não conseguiu justificar convincentemente a sua não produção. O caso *Levitt* sugere que os tribunais arbitrais podem recusar-se a extrair inferências negativas do incumprimento deliberado de uma ordem sua se a parte requerente não tiver produzido provas documentais, à sua disposição, expectáveis, ou se não disponibilizou uma testemunha disponível que, em vez dos documentos solicitados, poderia colmatar lacunas importantes no seu caso²¹⁸. No caso *Europe Cement Investment & Trade S.A.*, o *Resp.* solicitou que o tribunal retirasse a inferência de que o *Cl.* não produziu a documentação em causa (cópias dos certificados e dos contratos de compra das ações) por ter sido “fabricada”; na opinião

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Idem*, p. 202 e 203.

²¹⁶ De acordo com AMARAL, *op. cit.*, p. 11, nem todos os elementos apresentados têm, necessariamente, de se verificar para que uma inferência negativa seja retirada, pelo que “factos notórios ou uma probabilidade muito elevada da versão dos factos trazida pela parte requerente podem ser considerados suficientes para substituir a necessidade de prova *prima facie* ou mesmo a necessidade de produção de toda a prova disponível que corrobora a inferência pretendida.”

²¹⁷ SHARPE, *op. cit.*, p. 551.

²¹⁸ *William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran, Ministry of Agriculture and Natural Resources of the Islamic Republic of Iran and others*, caso n.º 210 (520-210-3) do IUSCT, Award, 29/08/91 in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, Kluwer Law International, p. 50.

do tribunal, verifica-se “uma forte inferência” de que os documentos não foram produzidos porque o *Cl.* “não os possuía ou porque não resistiriam à inspeção forense”, que foi influenciada pelas circunstâncias do caso, nomeadamente pelas provas apresentadas pelo *Resp.* e pela falta de prova por parte do *Cl.*, que poderia ter produzido os originais dos documentos solicitados, pelo que a referida inferência foi, de facto, retirada²¹⁹.

Não se deve, no entanto, e como já se denotou no capítulo relativo à produção de documentos, aplicar este critério sem restrições, na medida em que a disponibilidade de um meio de prova em concreto pode implicar um ónus excessivo da sua produção, quanto a custos monetários e de tempo, sobrecarregando-se a parte que solicita a retirada de determinada inferência negativa²²⁰. Esta ponderação pode ser feita através do recurso a um teste de proporcionalidade²²¹, segundo o qual, no caso concreto, “os árbitros devem questionar-se se é adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) exigir prova adicional à parte que requiere a inferência negativa²²²”.

b) A parte requerida deve ter acesso ao documento solicitado, cuja não apresentação pode implicar a retirada de uma inferência negativa;

A parte requerente da inferência negativa deve assegurar-se que a contraparte tem, ou deveria ter, acesso à prova requerida, apesar de não ter sido apresentada²²³. Um tribunal arbitral deve, deste modo, abster-se de retirar uma inferência negativa, a não ser que “seja certo que a parte contra a qual a inferência pode ser retirada tenha controlo sobre o documento e esteja em condições de produzi-lo”²²⁴. Assim, a inferência só deve ser retirada se tiver ficado comprovado que a parte requerida

²¹⁹ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, caso n.º ARB(AF)/07/2 do ICSID, Award, 13/08/09.

²²⁰ AMARAL *op. cit.*, p. 13.

²²¹ Sobre o princípio da proporcionalidade, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266-273 e ALEXY, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality” *in Revus*.

²²² AMARAL, *op. cit.*, p. 14 e 15.

²²³ À semelhança da previsão da al. c) do art. 3.º, n.º 3, das Regras da IBA, que exige, como pressuposto de um pedido de produção de documentos à contraparte, que a parte requerente declare os motivos pelos quais assume documentos solicitados estão na “posse, custódia ou controlo” da requerida.

²²⁴ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 203.

dispunha de prova documental essencial que se recusou a apresentar²²⁵. Entram em jogo, na análise a este critério, as regras de experiência dos árbitros, que, enquanto julgadores, devem avaliar “a probabilidade da não apresentação intencional da prova pela parte contrária ou a sua não existência, destruição ou inacessibilidade, à luz das provas existentes, da prática comum no mercado da arbitragem e dos padrões comportamentais.”²²⁶

Num caso concreto, o tribunal da CCI²²⁷ não retirou a inferência negativa solicitada pelo *Resp.* por terem sido tidas em conta as diferenças culturais nas práticas comerciais e nas obrigações legais que se verificam em países como Portugal e os EUA (*western companies*) e países do Médio Oriente e Asiáticos, por exemplo, não sendo expectável que, no caso concreto, o *Cl.* tivesse em sua posse certos documentos que uma empresa sediada num país Europeu muito provavelmente teria. No caso *George Edwards*, apesar de ser consciente das dificuldades de produção de prova pelo *Cl.*, que alegou ter deixado toda a documentação nos escritórios de Teerão, o tribunal não retirou as inferências solicitadas por considerar não haver prova de que o *Resp.* teve, de facto, os documentos em sua posse, não sendo possível reverter o ónus da prova.²²⁸ Por outro lado, no caso *Reza Said Malek*, apesar de ter demonstrado dificuldade em compreender o porquê de o *Resp.* não ter apresentado prova a que deveria ter acesso direto, o tribunal acabou por não retirar qualquer inferência²²⁹. De um modo semelhante, noutro caso o tribunal considerou que, apesar de poder ser razoável assumir a posse de documentos de uma empresa em relação à qual o Irão assumiu o controlo na sequência da Revolução, o mesmo não se verifica no caso de um individual a operar, aparentemente, sozinho, em relação ao qual não existe uma alegação de que o seu negócio foi expropriado: “deste modo, apesar de os registos do

²²⁵ SHARPE, *op. cit.*, p. 557.

²²⁶ AMARAL, *op. cit.*, p. 15 e 16.

²²⁷ Cf. “Final Award in Case 16391 (Extract)” in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n.º 1, 2016, p. 150.

²²⁸ *George Edwards v. The Government of the Islamic Republic of Iran, The Ministry of Roads and Transportation and others*, caso n.º 251 (451-251-2) do IUSCT, Award, 5/12/89, in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, ¶ 6.

²²⁹ *Reza Said Malek v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 193 (534-193-3) do IUSCT, Final Award, 11/08/92, in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, Kluwer Law International, p. 53.

Cl. no Teerão já não estarem disponíveis, não significa que o estão para os *Resp.* e que as inferências devam ser contra eles retiradas”²³⁰.

Da mesma forma, há que ter especial atenção aos casos de incumprimento de uma parte em produzir prova que esteja sob o seu controlo, se essa prova estiver na posse de terceiros que não cooperam. Nalgumas situações, o impedimento de a parte requerida produzir determinada prova não é, no entanto, justificável, uma vez que o documento em causa pode estar, por exemplo, na posse de uma empresa subsidiária ou da mesma família²³¹, situações em que o tribunal poderá, excepcionalmente, retirar a inferência suscitada²³². Noutros casos, o tribunal pode concluir que a parte requerida não tem acesso à prova em causa por a ter destruído, circunstância em que, mediante a verificação de determinados critérios, poderá retirar a inferência negativa da não produção dessa prova²³³. Pelo contrário, o tribunal da CCI recusou-se, num caso concreto, a retirar as inferências suscitadas por ter considerado mais provável a ocorrência da destruição, acidental, dos livros num incêndio, por mero infortúnio do *Cl.*²³⁴. Além da prova destruída, é interessante referir a possibilidade de um meio de prova poder ser danificado, alterado, pela parte que não a produz, na qual devem ser tidos em conta, para efeitos de retirada de inferências negativas, não só a intenção da parte, mas sobretudo a sua consciência e o momento em que as provas são afetadas, salvaguardando as hipóteses em que o faz de forma negligente ou, mesmo que intencionalmente, sem envolver uma conduta de má-fé²³⁵.

Importa ainda ressaltar que, se nalguns casos pode ser relativamente fácil estabelecer que a parte se recusou a produzir um documento específico²³⁶, é mais

²³⁰ *H.A. Spalding, Inc. v. Ministry of Agriculture and Natural Resources of the Islamic Republic of Iran and Islamic Republic of Iran*, caso n.º 437 (212-437-3) do IUSCT, Award, 24/02/86.

²³¹ De acordo com HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 204, quando o documento “estiver sob o controlo de terceiros não cooperantes, o tribunal arbitral normalmente recusar-se-á a retirar uma inferência negativa da ausência de produção de tal documento se a parte requerida não puder ser responsabilizada pela recusa do terceiro.”

²³² SHARPE, *op. cit.*, p. 558.

²³³ Pelo contrário, no entendimento de HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 204, “o tribunal arbitral não deve retirar uma inferência negativa se a parte requerida demonstrar que não é responsável pelo desaparecimento do documento”.

²³⁴ “Final Award in Case 13078 (Extract)” in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, n.º 2, 2011, ¶ 45.

²³⁵ Cf. AMARAL, *op. cit.*, p. 19 e 20.

²³⁶ No caso *Levitt* (*vide* nota 218), p. 28, o tribunal arbitral refere que os documentos solicitados, e não entregues pela parte requerida, foram por ela referidos nas suas próprias alegações, sendo que “as suas explicações muitas vezes contraditórias e evasivas sugerem um incumprimento deliberado, e não

difícil quando, num *Redfern Schedule*, a parte requerida limita-se a referir que “o documento não existe”²³⁷: por vezes, a parte requerente solicitará a retirada de inferências nesses casos, mas o tribunal arbitral poderá não ter meios suficientes para concluir que o referido documento existe e está na posse da requerida²³⁸. Por fim, há também que ter em conta os casos em que os meios de prova, apesar de materialmente acessíveis, podem não sê-lo por motivos legais, nomeadamente por motivos de confidencialidade ou de especial sensibilidade política ou institucional²³⁹, como demos conta no capítulo anterior.

c) Razoabilidade, consistência com os factos estabelecidos no processo e relação da inferência negativa com o conteúdo provável do documento não apresentado;

Estas premissas²⁴⁰ evidenciam que as inferências são conclusões retiradas não só de factos considerados provados no processo, mas também das “regras da experiência ou senso comum”²⁴¹. Em qualquer caso, as inferências devem estar de acordo i) com factos geralmente conhecidos (falando-se num critério de razoabilidade), ii) com factos considerados provados no processo arbitral em concreto, e iii) devem relacionar-se com a natureza provável da prova indevidamente retirada²⁴².

Em primeiro lugar, o critério aqui em causa implica que o tribunal arbitral retire inferências negativas de forma razoável, tendo em conta a probabilidade do facto que possa surgir daquele raciocínio. Pode ocorrer que os árbitros assumam, no caso concreto, a verdade de certos factos ou a verificação de um “estado de coisas”, se os mesmos sucederem normalmente noutras circunstâncias, o que é frequentemente

uma incapacidade de produzir” aqueles documentos, o que foi ainda reforçado pela junta ao processo, pelo *Resp.*, de prova, não anteriormente apresentada, com os seus pedidos reconventionais.

²³⁷ Segundo SANTOS, *op. cit.*, p. 249, neste caso, “parece-nos que será à parte requerente que caberá o ónus de provar que o documento existe e está na posse ou sob o controlo da parte requerida (ou que o documento existia e foi indevidamente destruído pela parte requerida).”

²³⁸ GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 197.

²³⁹ AMARAL, *op. cit.*, p. 16.

²⁴⁰ No entendimento de GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 199, este requisito deixa implícita uma exigência que pode ser ignorada, por óbvia, que é a de que a parte requerente deve clarificar a inferência que pretende que seja retirada pelo tribunal arbitral.

²⁴¹ SHARPE, *op. cit.*, p. 559.

²⁴² *Idem*, p. 558; no mesmo sentido, HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 206.

associado às regras de experiência, relevantes no momento de decidir, pelo que, em muitos casos, a razoabilidade apenas reflete o entendimento comum dos árbitros quanto às práticas comerciais²⁴³. Neste raciocínio não devem, por isso, valorizar-se meras suspeitas ou especulações, situação em que o tribunal poderá, não só, recusar-se a retirar inferências, como aplicar a regra do ónus da prova com particular “intensidade”. O tribunal da CCI, por exemplo, considerou não poder retirar inferências que apenas iriam contribuir “para a especulação e para a conjuntura” do caso concreto, em vez de serem adequadamente ponderadas com as provas já constantes do processo²⁴⁴. Desta forma, o tribunal não julgou razoável retirar uma inferência desfavorável à parte que não produziu a prova solicitada por considerar mais provável a ocorrência de outros factos, provados através de outros elementos constantes do processo.

Em relação a este requisito, importa ainda mencionar que a parte requerente deve explicitar o conteúdo do documento solicitado com algum grau de certeza, já que aquela possibilidade surge na sequência de uma ordem de produção de prova em que o tribunal, pelo menos ao abrigo das Regras da IBA, já deve ter uma ideia do seu conteúdo, tendo em conta os requisitos de especificidade, relevância e materialidade exigidos²⁴⁵. Contudo, apenas deve ser exigida uma ideia geral do seu conteúdo, não sendo essenciais os potenciais detalhes que do documento solicitado possam constar, até porque será muito difícil, se não impossível, especular sobre um meio de prova a que ainda não se teve acesso²⁴⁶.

Em segundo lugar, as inferências negativas devem não só ser consistentes com factos externos, relativos à realidade comercial em causa, como devem levar a conclusões suportadas por factos constantes do processo, o que significa que não devem ser inconsistentes com factos efetivamente provados²⁴⁷. No caso *Glamis Gold, Ltd.*, o tribunal arbitral decidiu não retirar uma das inferências solicitadas pelo *Cl.* por

²⁴³ SHARPE, *op. cit.*, p. 559, incluindo jurisprudência citada.

²⁴⁴ Cf. “Final Award in Case 12369 (Extract)” in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, n.º 2, 2011, ¶ 108.

²⁴⁵ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 205, afirma que “se não é claro o que o documento em falta poderia provar, não será possível retirar uma inferência negativa”.

²⁴⁶ *Ibidem.*

²⁴⁷ Segundo SHARPE *op. cit.*, p. 560, “este princípio encontra apoio de longa data na jurisprudência dos tribunais internacionais.”

não considerar provável que a redação limitada dos documentos em causa fornecesse provas suficientes e substanciais para refutar as provas já constantes do registo do processo²⁴⁸. Assim, muitas vezes, o tribunal arbitral acaba por considerar desnecessária a retirada das inferências negativas solicitadas por entender já ter acesso a informação e elementos de prova suficientes para tomar uma decisão²⁴⁹. Este sub-requisito distingue-se do anterior na medida em que estabelece a consistência da inferência com factos considerados provados através de outros elementos de prova juntos aos autos, enquanto o primeiro refere-se a uma razoabilidade aferida em termos abstratos, mais gerais: “ao lidar com a razoabilidade da inferência negativa, o árbitro deve questionar se existe, em teoria, uma explicação mais provável do que a apresentada pela parte que solicita a inferência a ser retirada. Ao lidar com a consistência com os factos do processo, o árbitro deve questionar-se se a inferência negativa está de acordo ou contradiz estes factos, sejam eles admitidos pelas partes ou comprovados por prova direta.”²⁵⁰

Por último, a parte que procura a retirada de inferências deve estabelecer “um nexo lógico entre a natureza provável dos documentos solicitados e não apresentados e a inferência que daí deriva”, de que resulta a necessidade de o tribunal analisar as circunstâncias de cada caso em concreto²⁵¹. Se não ficar devidamente convencido que a prova documental, se fosse produzida, iria, de facto, comprovar o que a inferência negativa indicia, o tribunal deve abster-se de retirá-la²⁵². Apesar de em muitos casos essa conexão ser lógica e óbvia²⁵³, ou, por outro lado, ser patente a falta de nexo, noutras situações o mesmo não acontece²⁵⁴, o que impõe uma análise mais complexa

²⁴⁸ *Glamis Gold, Ltd. v. Unites States of America*, ICSID Award, 08/06/09, p. 351.

²⁴⁹ No *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Deakamare, Inc. v. Government of Canada*, caso n.º 2009-04 do PCA, Award, 17/03/15, ¶ 118, “o tribunal analisou um volumoso registo de provas, documentando todos os aspetos do caso considerados relevantes para as alegações e defesas das partes (...). Por conseguinte, o tribunal está confiante de que foi colocado numa posição em que foi capaz de chegar a um conhecimento informado dos factos, sem necessidade de recurso às inferências negativas”.

²⁵⁰ AMARAL, *op. cit.*, p. 22.

²⁵¹ SHARPE, *op. cit.*, p. 561.

²⁵² HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 207.

²⁵³ SHARPE, *op. cit.*, p. 560.

²⁵⁴ *Idem*, p. 562 e 563; cf. *Frederica Lincoln Riabi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 485 (600-485-1) do IUSCTI, Final Award, 27/02/03 in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, Kluwer Law International, ¶ 104, 162 e 196, em que o tribunal não ficou convencido que os documentos solicitados demonstrariam os factos inerentes às inferências suscitadas pela parte requerente.

e detalhada do processo²⁵⁵. Deste modo, importa que o tribunal pondere, com base nas versões oferecidas pelas partes e nos factos e elementos de prova constantes do processo, se é provável que a prova não produzida indicie a conclusão que a parte quer ver retirada através da inferência.

No caso *Arthur J. Fritz & Co.*, o IUSCT recusou-se a retirar inferências da não apresentação de documentos pelo *Resp.* quando este já havia apresentado, no processo, documentação do mesmo género da solicitada, o que se afigura como uma decisão incoerente no âmbito da jurisprudência do tribunal em relação a inferências negativas; numa opinião divergente, um dos árbitros referiu que “quando uma parte na posse de prova claramente relevante e que auxiliaria o tribunal opta por fazer uma apresentação seletiva da mesma, aparentemente planeada para não clarificar os factos mas apenas para sustentar os seus próprios argumentos, assume o risco de que o tribunal retirará as suas conclusões quanto ao conteúdo da prova retida”²⁵⁶. Por outro lado, no caso *Corfu Channel*, o ICJ²⁵⁷ foi claro quando determinou que, em certas ocasiões, deve haver um recurso mais liberal às inferências e a provas circunstanciais, devendo “estas provas indiretas ser consideradas com um especial valor quando baseadas numa série de factos, interligados e que conduzam logicamente a uma única conclusão”.²⁵⁸

d) Produção, pela parte requerente, de prova *prima facie* da sua versão dos factos;

A retirada de inferências negativas pelo tribunal arbitral será improvável se a parte requerente não tiver fornecido prova *prima facie* dos factos por si alegados e da

²⁵⁵ AMARAL, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁶ *Arthur J. Fritz & Co. v. Sherkate Tavonie Sherkathaye Sakhtemanie (Cooperative Society of Construction Companies) and, The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 276 (426-276-3) do IUSCT, Award, 30/06/89 in *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 15, Kluwer Law International, p. 217-220.

²⁵⁷ Segundo, DAY; SCHARE, *op. cit.*, p. 131, o ICJ “recusa-se a inferir conclusões que contradigam factos considerados provados, independentemente de uma parte ter produzido todas as provas sobre determinado assunto.”; de acordo com RAMOS, *op. cit.*, p. 33, este Tribunal tem adotado, até à data, uma posição menos exigente do que outros tribunais em relação ao incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos, sem justificação.

²⁵⁸ *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*, *Corfu Channel* (merits) julgamento de 09/04/49 do ICJ, p. 18.

sua defesa²⁵⁹, que se traduz na prova suficiente para comprovar um facto na ausência de qualquer prova em contrário, não sendo, no entanto, conclusiva²⁶⁰. Neste âmbito, a prova que suporta um facto, por não ser contrariada por qualquer outra ou por um argumento oferecido pela contraparte, faz transferir o ónus da prova, o que não se verifica em relação à prova *prima facie* no contexto das inferências, já que esta, por si só, é insuficiente para comprovar um determinado facto. Na prática, os tribunais arbitrais não deverão retirar inferências negativas se a parte requerente falhou em produzir prova *prima facie* que seja, de acordo com as circunstâncias em concreto, razoavelmente i) consistente, ii) completa e iii) detalhada²⁶¹.

Primeiro, o tribunal não deverá retirar uma inferência da não apresentação de documentos pela parte faltosa se o requerente não tiver contado uma história consistente e produzido prova também ela consistente, o que não significa que será exigida uma consistência completa, substancial, e que o próprio tribunal não irá tentar solucionar eventuais consistências²⁶². Mais uma vez, a razoabilidade será aferida no caso concreto. No caso *George Edwards*, o tribunal não só não retirou uma inferência, relativa a uma expropriação, em relação à qual o *Cl.* não conseguiu apresentar prova, por ter considerado as suas alegações infundadas, como também não o fez, quanto a outros direitos de propriedade, por considerar que o *Cl.*, falhou novamente em juntar prova demonstrativa da responsabilidade do *Resp.*²⁶³. Ademais, no caso *Jacqueline M. Kiaie, Julia S. Kiaie*, tendo em conta as circunstâncias particulares do caso concreto, as inconsistências na versão dos factos apresentada pelo *Cl.* e a ausência de qualquer prova documental, o tribunal não considerou adequado retirar a inferência por ele solicitada²⁶⁴. O mesmo sucedeu no caso *Reza Nemažee*, “dadas as lacunas cruciais nas

²⁵⁹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 177, ressalva que “se todas as provas documentais estiverem na posse da parte requerida, a requerente não conseguirá providenciar prova *prima facie*”, situação em que seria “injustificável” não retirar inferências negativas.

²⁶⁰ SHARPE, *op. cit.*, p. 564.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² De acordo com MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 177, a inferência negativa é o único meio à disposição do tribunal para influenciar as partes a cumprir com ordens de apresentação de documentos, por isso, “se for construída de forma excessivamente limitada, as partes não terão incentivo de cumprir com uma ordem de produção de documentos nesse caso.”

²⁶³ *Vide* nota 226, ¶ 7.

²⁶⁴ *Jacqueline M. Kiaie, Julia S. Kiaie v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 164 (570-164-2) do IUSCT, Award, 15/05/96 in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, Kluwer Law International p. 41.

provas documentais do Requerente e as questões preocupantes levantadas pelas suas alegações, bem como as inconsistências nas suas provas”²⁶⁵.

Depois, o tribunal não deve retirar uma inferência se a parte requerente falhar na produção de prova que, à luz da atividade das partes e da sua relação, seria expectável que fosse apresentada. Ou seja, além de toda a prova que deve ser produzida para corroborar a inferência requerida, a requerente deve, de uma forma geral, produzir prova razoavelmente completa e convincente quanto à versão dos factos que apresenta (o que será avaliado casuisticamente). Assim, a parte que tem o ónus da prova deve cumpri-lo da forma mais completa possível antes de solicitar a retirada de certas inferências, porque se o fizer precipitadamente pode acabar por negligenciar as restantes provas que deve apresentar para que as circunstâncias apropriadas se verifiquem no caso concreto²⁶⁶. O tribunal da CCI foi claro ao estabelecer que “uma inferência negativa em relação a um facto não substituirá automaticamente todos os demais elementos de uma *claim*, em relação à qual a parte que suporta o ónus da prova terá de fornecer provas suficientes e satisfatórias”²⁶⁷. Finalmente, e na mesma lógica, o tribunal poderá ainda recusar-se a retirar uma inferência se a prova oferecida pelo requerente, no caso concreto, for considerada insuficientemente formal ou detalhada.

e) Conhecimento, pela parte requerida, da possibilidade de retirada de inferências negativas em caso de incumprimento da obrigação de apresentação de prova.

Neste âmbito, os árbitros devem informar as partes das suas obrigações, designadamente em matéria de prova, durante o procedimento arbitral²⁶⁸, assegurando o respeito pelos requisitos mínimos do processo justo e equitativo, pelo que se uma delas incumprir uma ordem quanto à produção de prova, aquele deve, o mais rapidamente possível, informar a parte das consequências desse incumprimento,

²⁶⁵ *Reza Nemaee v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 4 (575-4-3) do IUSCT, Final Award, 10/12/96, in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, p. 27.

²⁶⁶ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 208.

²⁶⁷ Cf. “Final Award in Case 1170” in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, n.º 2, 2011.

²⁶⁸ SHARPE, *op. cit.*, p. 568.

inclusivamente da possibilidade de serem retiradas inferências negativas²⁶⁹. O facto de o tribunal arbitral não assegurar que as partes conheçam as suas obrigações no processo pode implicar que o este se torne menos eficiente, rentável e justo, ao mesmo tempo que pode prejudicar a aplicabilidade da decisão arbitral²⁷⁰, na medida em que provavelmente será alvo de impugnação judicial²⁷¹ por iniciativa de uma das partes, com base na impossibilidade de apresentar o seu caso²⁷².

Dito isto, as partes não devem esperar que os árbitros as aconselhem quanto à estratégia de defesa dos seus casos²⁷³, já que os tribunais assumem que as partes submeteram toda a prova relevante à sua disposição para suportar as suas alegações. Assim, as partes não podem apenas refutar a retirada de inferências com o facto de não terem sido especificamente avisadas sobre a consequência do seu incumprimento. Contudo, porque as inferências não devem substituir prova efetivamente apresentada, disponível, e porque a sua ameaça pode levar as partes a produzir prova importante e relevante para o caso, sempre que possível os tribunais devem fazer um esforço razoável para informar as partes que podem ser, contra si, retiradas inferências negativas do incumprimento de obrigações e deveres de revelação²⁷⁴.

Deste modo, caso o tribunal arbitral preveja que a sentença arbitral basear-se-á na retirada de inferências negativas, é sugerido que daquela sentença conste, explicitamente, “(i) que uma parte foi ordenada a produzir documentos, (ii) que se recusou a cumprir essa ordem e (iii) que foi avisada e fornecida uma oportunidade

²⁶⁹ GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 188, salientam que “quando o tribunal arbitral considerar que pode precisar de invocar uma inferência negativa relacionada à não apresentação de um documento solicitado, deve informar as partes com antecedência e garantir que estas têm uma oportunidade adequada de apresentar observações sobre esse elemento de prova, isto é, sobre se o tribunal deve retirar a respetiva inferência e como esta poder-se-á encaixar com as restantes provas.”

²⁷⁰ Cf. “US No. 143, *Iran Aircraft Industries v. Iran Helicopter Support, Renewal Company v. Avco Corporation*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 92-7217, 24 November 1992” in *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 18, Kluwer Law International, 1993, p. 601 e 602, que evidencia a importância deste último requisito, tendo em conta que foi negada a execução da decisão arbitral proferida no âmbito do *AVCO Corporation v. Iran Aircraft Industries, Iran Helicopter Support and Renewal Company and others*, caso n.º 261 (377-261-3) do IUSCT, Award, 18/07/88, por ter sido considerado que foi negada ao *Cl.* a oportunidade de apresentar o seu caso, mesmo que de forma involuntária, por parte do tribunal arbitral.

²⁷¹ SHARPE, *op. cit.*, p. 570.

²⁷² GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 201.

²⁷³ O que é, desde logo, incompatível com a função de árbitro, pois violaria a sua independência e imparcialidade.

²⁷⁴ SHARPE, Jeremy K., *op. cit.*, p. 570.

para comentar o efeito da prova em falta.”²⁷⁵ Assim, não só deve ser dada a oportunidade e o tempo de a parte produzir o documento solicitado, como, mais tarde, e antes de ser definitivamente retirada, contra ela, a inferência negativa em causa, deve ser-lhe dada uma última oportunidade de reforçar as razões da sua não produção; finalmente, além desta, o tribunal arbitral, depois de indicar, em concreto, qual a inferência que poderá ser retirada, deve dar à parte a oportunidade de refutá-la com outros meios de prova que não os que foram requeridos²⁷⁶. Estas exigências não passam de manifestações do princípio do contraditório enquanto direito de defesa das partes, que deve ser respeitado durante todo o processo arbitral, designadamente em matéria de produção de prova.

Quanto a decisões de tribunais estaduais sobre o tema, com especial incidência neste último requisito apresentado, no caso *The United Mexican States v. Marvin Roy Feldman*²⁷⁷, o Autor recorreu da decisão de não anulação da decisão arbitral tomada na sequência do caso *Marvin Feldman*²⁷⁸, com base na retirada de uma inferência negativa em virtude da não apresentação de informação relacionada com contribuintes nacionais. Aquele tribunal determinou que o tribunal arbitral tinha o direito de chegar à conclusão a que chegou, através da inferência negativa, tendo em conta que a informação fornecida pelo *Resp.* não satisfiz o tribunal, o que o levou a concluir que, se este “tivesse provas de que um contribuinte nacional havia sido tratado de forma semelhante ao *Cl.* teria fornecido essas mesmas provas”. Além disso, o tribunal concluiu que o Autor não foi impedido de apresentar o seu caso, pelo que o recurso não foi admitido.

Também no caso *Dongwoo Mann and Hummel Co Ltd. v. Mann+Hummel GmbH*²⁷⁹ foi requerida a anulação de uma sentença arbitral proferida pelo SIAC com base no facto de uma das partes não ter tido a devida oportunidade de apresentar o seu caso, em virtude da condução do procedimento pelo tribunal arbitral. O HCS considerou, no entanto, que o Autor teve uma “ampla oportunidade de apresentar o seu caso” em

²⁷⁵ GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 201 e 202.

²⁷⁶ HOUTTE, *op. cit.*, 2009, p. 208 e 209.

²⁷⁷ Sentença do CAO, n.º C41169, 11/01/05.

²⁷⁸ *Marvin Feldman v. Mexico*, caso n.º ARB(AF)/99/1 do ICSID, Award, 16/12/2002.

²⁷⁹ *Dongwoo Mann and Hummel Co Ltd. v. Mann+Hummel GmbH*, caso n.º OS 713/2007 do HCS, julgamento de 08/05/08.

relação a saber se a inferência negativa deveria, ou não, ser retirada, tendo em conta as seis páginas de argumentos por ele apresentadas. Perante este cenário, o tribunal não só reforçou a posição de que não foi negada, ao Autor, qualquer oportunidade de discutir a sua posição naquela matéria, como mencionou que, mesmo que o tribunal arbitral tivesse decidido mal quanto à retirada de uma inferência negativa, tratar-se-ia de um mero erro na apuração de factos e/ou de direito, “o que não pode ser causa para anular uma decisão arbitral”. Assim, considerou o HCS, no caso concreto, que “o tribunal deixou absolutamente claro que a questão da inferência negativa seria considerada e que as partes teriam a oportunidade de pronunciarem-se se não fosse produzido qualquer documento”. O tribunal concluiu referindo que, mesmo que tivesse existido alguma irregularidade processual ou uma não observância do *due process*, não estaria preparado, face aos factos constantes do caso, “para exercer o seu poder de anular alguma das partes da decisão arbitral porque, no seu todo, não considerou que o Autor tenha sofrido alguma injustiça ou preconceito”.

Recentemente, também o CAP²⁸⁰ pronunciou-se sobre a aplicação de inferências negativas num caso da CCI, nomeadamente sobre a suposta violação de princípios do processo equitativo. Os *Resp.* deste caso pretendiam a anulação da sentença arbitral com fundamento no facto de o tribunal ter excedido a sua competência por ter aplicado aquele mecanismo, ao abrigo das Regras da IBA, sem a consulta prévia das partes e, além disso, com a violação do *due process*. Estes argumentos foram, no entanto, rejeitados e a sentença arbitral foi confirmada: primeiro, o tribunal considerou que o recurso às Regras da IBA foi devidamente prevista pelas partes num momento inicial do processo, designadamente numa PO sobre o assunto. Em segundo lugar, determinou que as inferências negativas retiradas da não produção de certos documentos, cujo requerimento foi claro e preciso e não mereceu qualquer objeção, não foram decisivas na formação da convicção do tribunal arbitral, que se baseou, além disso, noutros elementos de prova. Finalmente, o último ponto passava por saber se era permitido ao tribunal arbitral recorrer ao mecanismo das inferências em virtude da aplicação das Regras da IBA, sem necessidade de convidar as partes a pronunciarem-se sobre o tema, sobre o que Tribunal considerou

²⁸⁰ CAP, *Pôle 1, chambre 1*, n.º 15/06036, 28/02/17.

não ser possível imputar aos árbitros qualquer violação do contraditório ou de outros direitos de defesa²⁸¹.

Destaca-se, nesta decisão, que a inferência foi retirada na sequência do incumprimento de um requerimento de produção de documentos e não de uma ordem do tribunal arbitral, e sem que a parte o tenha solicitado²⁸², uma vez que a parte requerida teve oportunidade de opor-se àquele pedido e não o fez. Este aspeto evidencia, assim, que o facto de as partes acordarem, explicitamente, a aplicação das Regras da IBA pode implicar que os árbitros não sejam obrigados a informá-las do eventual recurso àquelas regras e a quaisquer princípios associados²⁸³, o que enfatiza a importância que aqueles e os tribunais estaduais podem conferir a essa escolha das partes²⁸⁴.

Além disso, esta decisão envia uma mensagem importante aos árbitros, já que, com a confirmação por um tribunal estadual “o poder geral dos tribunais de extrair inferências negativas torna-se mais tangível e a decisão pode encorajar o seu uso mais assertivo”, reforçando ainda o seu efeito dissuasor, na medida em que, perante um requerimento ou uma ordem de produção de documentos, “as partes poderão reconsiderar os riscos associados com a sua não apresentação sem nenhuma razão válida e aparente.”²⁸⁵ Em suma, é interessante notar que uma decisão em que é confirmado o poder, em alguma medida discricionário, dos árbitros retirarem inferências negativas, uma “doutrina mais apoiada pelas jurisdições de *common law* do que de *civil law* (um corolário da abordagem expansiva das primeiras em relação à produção de documentos)” foi tomada por um tribunal tradicionalmente associado a esta última jurisdição, o que acaba por demonstrar que aquele pensamento está

²⁸¹ *Comité français de l'arbitrage*, “Sommaires de Jurisprudence” in *Revue de l'arbitrage*, n.º 3, 2017, p. 1060 e 1061.

²⁸² Segundo AMARAL, *op. cit.*, p. 26 e 27, “a decisão claramente afasta-se de uma tendência mais conservadora na interpretação das Regras da IBA sobre o tema de inferências negativas.”

²⁸³ No entendimento de MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 178 e 179, o art. 9.º, n.º 5, das Regras da IBA, não exige que a parte que faz o pedido de produção de documentos também requeira a retirada de inferências negativas, podendo o tribunal fazê-lo, por iniciativa própria; este poderá retirar as inferências negativas que considerar apropriadas, não sendo exigível que o seu pedido seja específico.

²⁸⁴ COCHRANE, Elsbeth; ELLAM, Timothy St. J.; THIESSEN, Layne, “Paris Court of Appeal Potentially increases Scope of the Doctrine of “Adverse Inferences””.

²⁸⁵ WESTGAVER; ZINATULLINA, *op. cit.*, 2017.

ultrapassado²⁸⁶. Ressalva-se, no entanto, que esta foi uma decisão tomada num caso em que a aplicação das Regras da IBA foi, em concreto, acordada pelas partes, e em que a maioria dos árbitros não decidiu exclusivamente com base nas inferências retiradas, mas sobretudo com recurso a outros elementos de prova.

3.5 Considerações finais

A decisão, *supra* referida, do CAP, além de outras, parece levantar a questão de saber se uma inferência negativa pode servir como o principal, ou o único, fundamento do sentido de uma decisão arbitral²⁸⁷. Não parece ser este o entendimento a adotar, qualquer que seja o contexto (internacional ou doméstico) em causa, e sobretudo no presente trabalho. Como vimos, os árbitros podem recorrer a este instrumento, que se revela como uma importante regra de prova, para colmatar eventuais condutas omissivas das partes no que à produção de prova diz respeito, mas sempre mediante a verificação de certos critérios, a avaliar casuisticamente. Desta forma, o elenco de critérios apresentados, mediante o estudo das propostas feitas na doutrina e jurisprudência arbitrais, parece fazer tornar mais objetivo o processo de retirada de inferências negativas pelos árbitros, que em certos casos apresenta-se com uma forte conotação subjetiva.

Precisamente para prevenir problemas relacionados com o reconhecimento das decisões arbitrais em virtude da possível violação dos requisitos mínimos do processo equitativo, é sugerida a demonstração da aplicação dos parâmetros enunciados na sentença em concreto, bem como a explicitação do valor dado, ou não, à inferência negativa. Esta demonstração releva, sobretudo, para salvaguardar a previsibilidade das decisões arbitrais, devendo os árbitros assegurar que são tomadas todas as medidas possíveis e necessárias para alertar as partes em relação ao respetivo ónus da prova e às possíveis consequências do incumprimento de certas decisões,

²⁸⁶ BRUMPTON, Paul; POLKINGHORNE, Michael, “Decision of the Paris Court of Appeal on “adverse inferences” doctrine”; estes autores consideram que a decisão do CAP reflete que os poderes dos árbitros, nomeadamente quanto a decisões processuais, raramente serão postos em causa pelos tribunais estaduais, o que deve constituir um incentivo ao recurso às inferências negativas, quando apropriado.

²⁸⁷ Segundo RAMOS *op. cit.*, p. 31, “é pouco comum encontrar sentenças arbitrais recentes em que a decisão alcançada se baseie expressamente em inferências negativas deduzidas pelo tribunal”, o que revela uma tendência de evitar a possibilidade de chegar-se a uma decisão exclusivamente com base nessas inferências.

designadamente quanto à produção de prova, o que irá, sem dúvida, reforçar a legitimidade da arbitragem, e a eficiência do processo, enquanto um meio eficazmente alternativo à justiça tradicional.

Recentemente, tendo em vista a sistematização do processo de retirada de inferências negativas para auxílio dos árbitros na análise dos critérios apresentados, AMARAL propôs uma abordagem cronológica, feita passo-a-passo, que pode ser representada numa *inference chart*²⁸⁸. Na sua opinião, esta organização justifica-se na medida das distintas características dos requerimentos acima referidos, já que i) os requisitos da prova *prima facie* e da produção de todas as provas disponíveis relacionam-se com a necessidade de prova da inferência, que podem ser verificados antes da ordem de produção e do seu eventual incumprimento; ii) os requisitos de acessibilidade e conhecimento, pela parte requerida, dos meios de prova a serem produzidos, têm a ver com a contraparte e a sua relação com a referida prova, sendo que esta só pode ser verificada após a ordem de produção, mas os dois primeiros podem sê-lo antes do seu incumprimento hipotético; iii) e os critérios de razoabilidade, consistência com os factos do processo e relação lógica com a natureza da prova não apresentada, relacionam-se com a inferência propriamente dita, devendo ser verificados apenas depois de o tribunal estar convencido da verificação dos requisitos anteriores e da inadmissibilidade dos motivos invocados pela parte para incumprir as suas ordens de produção.

Apesar das vantagens, há, no entanto, quem sugira que não devem ser estabelecidos requisitos gerais fixos, como os acima apresentados, para que se retirem inferências negativas, tendo em conta que se trata de um raciocínio inerente ao exercício de ponderação de prova, a exercer pelo tribunal arbitral de uma forma relativamente discricionária²⁸⁹, nos termos, por exemplo, do art. 9.º, n.º 1, das Regras da IBA. Além disso, em determinadas jurisdições, como a alemã e a suíça, o princípio da livre apreciação de prova, o qual “visa garantir que o tribunal arbitral decida de acordo com a sua convicção em vez de seguir regras técnicas”, aplica-se à arbitragem internacional, pelo que os árbitros não seriam verdadeiramente livres para avaliar a

²⁸⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 29 e 30.

²⁸⁹ MARGHITOLA, *op. cit.*, p. 178.

prova apresentada, ou não, se seguirem estritamente os referidos critérios²⁹⁰. De facto, “sem prejuízo da existência ou não de referência expressa na lei de arbitragem do local da sede da arbitragem ou no regulamento de arbitragem ou regras processuais escolhidos pelas partes à possibilidade de aplicação de sanções por parte de tribunais arbitrais, a primazia concedida aos árbitros em matéria de condução de prova e de apreciação da respetiva admissibilidade e valor probatório (...) permitem só por si sustentar a possibilidade de os árbitros apreciarem livremente a atuação das partes para efeitos probatórios, retirando daí as ilações que considerem adequadas.”²⁹¹ Tomando este aspeto em consideração, embora os pressupostos geralmente aplicados pela jurisprudência arbitral, e propostos, como um todo, pela doutrina para o recurso às inferências negativas constituam orientações úteis, “em alguns casos estes critérios são aplicados de forma irrealista, que se aproxima de uma denegação de justiça”, o que pode desvirtuar o valor probatório, e de senso comum, da não apresentação deliberada de prova documental no âmbito de uma ordem do tribunal arbitral²⁹².

Assim, e para finalizar, apesar de ser aconselhável que os tribunais arbitrais, sem exceção, tomem em consideração, no caso concreto, o elenco de requisitos apresentados para a retirada de inferências negativas do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos, a sua aplicação não deve ter lugar de forma estritamente obrigatória, como se de um conjunto, rígido, de regras se tratasse. Devem ter-se em conta enquanto meras orientações, de forma a tutelar a previsibilidade das decisões e as expectativas das partes, mas sem nunca esquecer, além da liberdade de apreciação de prova dos árbitros, algumas das vantagens que levam os seus intervenientes a recorrerem à arbitragem: a informalidade e a flexibilidade do processo, em comparação com os procedimentos característicos dos tribunais estaduais.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 247.

²⁹² BORN, *op. cit.*, p. 2393.

Conclusão

Começamos por apresentar as disposições constantes de alguns diplomas legais, a nível doméstico e internacional, regulamentos arbitrais e instrumentos de *soft law*, vinculativos por vontade das partes, sobre a condução do processo arbitral, nomeadamente a produção de prova documental. Verifica-se uma tendência generalizada, no contexto da arbitragem internacional, de conceder aos árbitros amplos poderes, e alguma discricionariedade, na gestão do processo, sempre com respeito pelos requisitos mínimos do processo equitativo.

Em concreto, é o tribunal arbitral que determina a admissibilidade, relevância e o valor da prova apresentada ou que ainda virá a ser produzida no decorrer do processo, podendo ordenar, oficiosamente ou a requerimento de uma das partes, a junção de meios de prova considerados relevantes para o caso concreto e para a sua decisão. Partindo do pressuposto que a arbitragem se caracteriza por ser um meio de resolução de conflitos alternativa aos tribunais estaduais, muitos aspetos do seu procedimento são definidos por acordo das partes, entre elas e/ou com o próprio tribunal. Estas vantagens de flexibilidade e informalidade de um processo adjudicatório, ao qual as partes optaram, voluntariamente, por submeter o seu litígio, não se traduzem, contudo, numa discricionariedade sem limites. A eficiência do processo arbitral deve ser conciliada com uma certa previsibilidade, do ponto de vista das expectativas das partes, que podem ser oriundas de diferentes sistemas jurídicos, com distintas tradições legais e ambientes socioculturais.

Assim, de forma a auxiliar os intervenientes da arbitragem na condução do respetivo procedimento, as partes podem concordar recorrer, além das regras substantivas e processuais, a diplomas com uma utilidade significativa, que compactam um conjunto de regras potencialmente aplicáveis. Em matéria de produção de prova, relevam as Regras da IBA sobre a obtenção de prova na arbitragem comercial internacional, que podem ainda servir de inspiração e guia para os árbitros no caso concreto. Este instrumento de *soft law*, que foi criado com o objetivo de encontrar uma solução equilibrada em diversos pontos controversos entre jurisdições de *civil* e *common law*, dispõe de normas relativas à prova documental e à

sua produção, sendo pertinente considerar o mecanismo da obtenção de documentos em posse da parte contrária. Muitas vezes, para provar a respetiva versão dos factos apresentada, a parte poderá necessitar de meios de prova que não lhe são diretamente acessíveis, por não se encontrarem, fisicamente, na sua posse, ou não estarem eletronicamente sob o seu controlo. Têm vindo a surgir questões cada vez mais complexas quanto a este último tipo de documentos, tendo em conta o mundo digital em que vivemos e que grande parte das transações e contactos entre as partes, no contexto comercial, são realizados através de *e-mails* e ficheiros em formato digital.

O artigo 3.º das Regras da IBA, além de um procedimento próprio, sujeita os requerimentos de produção de prova em posse da parte contrária a três principais conjuntos de requisitos: a especificidade, a relevância e materialidade, e a posse dos documentos solicitados, que os árbitros devem considerar quando ordenam uma parte a apresentar documentos que não foram inicialmente juntos ao processo pela mesma. Claro que na análise da aplicação destes critérios ao pedido de produção em causa, devem ser tidos em conta alguns motivos que excluem a obrigação de uma parte apresentar um determinado documento, como, por exemplo, o impedimento legal, o sigilo profissional e a confidencialidade comercial ou técnica. Estes pedidos de produção são comumente sistematizados, na arbitragem comercial internacional, através da designada tabela de *Redfern*, que reúne, na perspetiva da parte, a descrição da documentação solicitada, o seu fundamento, a resposta e eventuais objeções da contraparte e a decisão do tribunal arbitral.

Com o conhecimento dos critérios propostos pelas Regras da IBA, a que os intervenientes da arbitragem frequentemente recorrem, em relação ao mecanismo da produção de documentos em posse da parte contrária, importa perceber se o incumprimento de uma ordem da sua apresentação pode ter consequências para a parte que optou por assumir uma conduta omissiva numa fase tão importante do processo, do ponto de vista do conhecimento, pelos árbitros, dos factos ocorridos no âmbito do litígio em concreto. Estes não gozam de poderes coercivos, o que pode prejudicar não só o contacto com meios de prova relevantes para a decisão da causa, mas sobretudo para a apresentação do caso pelas partes.

Surge, neste contexto, a possibilidade, prevista em vários diplomas legislativos, domésticos e internacionais, regulamentos arbitrais e instrumentos de *soft law*, bem

como aceite e reconhecida pela maioria da doutrina e jurisprudência arbitrais, de os árbitros retirarem inferências negativas da não apresentação de documentos em relação aos quais foi proferida uma ordem. Trata-se de um raciocínio que permite colmatar a falha na produção de documentos relevantes no âmbito do caso concreto que não deve, no entanto, ser aplicado automaticamente. De uma forma casuística, o tribunal tem o poder de determinar que um documento não apresentado pela parte revelaria um conteúdo desfavorável à história por si contada. Apesar da previsão deste raciocínio presuntivo, que não implica necessariamente a transferência do ónus da prova de uma parte para a outra, ressalta-se o papel da jurisprudência arbitral na definição de um conjunto de requerimentos que devem estar preenchidos para que os árbitros retirem a inferência suscitada pela parte interessada. Neste âmbito, é ainda sugerida a sistematização do processo de retirada de inferências, numa lógica cronológica, através de uma *inference chart*.

Por ser usualmente designada como uma prova indireta, com uma menor preponderância do que as provas consideradas diretas para o juízo valorativo a ser feito pelos árbitros, a inferência negativa deve ser corroborada pela produção das provas disponíveis pela parte requerente, que deve não só assegurar-se que a parte contrária tem, ou deveria ter, acesso à prova solicitada e não apresentada, como também produzir prova *prima facie* da sua versão dos factos. Ademais, a inferência deve ser razoável, consistente com os factos considerados provados no processo, devendo estar ainda relacionada com a natureza provável da prova indevidamente retida, sendo que o tribunal deve assegurar-se que foi concedida, à parte requerida, uma oportunidade razoável de produção da referida prova, e que esta foi informada da eventualidade da retirada de inferências negativas da sua conduta omissiva neste campo.

O objetivo, quanto a este último aspeto, passa por evitar a impugnação da sentença arbitral em sede judicial, que se revela como uma forma de controlo estadual de um meio jurisdicional privado, em virtude de uma eventual violação de algum dos requisitos mínimos do processo equitativo, particularmente relacionados com os direitos de defesa das partes e o respeito pelo contraditório. Devem evitar-se, também na arbitragem, decisões surpresa e contribuir para o reforço da tutela da previsibilidade das decisões arbitrais, o que, por consequência, contribuirá para a sua

Conclusão

legitimação enquanto alternativa verdadeiramente fiável ao recurso aos tribunais estaduais. Todavia, e para finalizar, deve evitar-se uma aplicação “cega” do elenco de requisitos apresentados, podendo os árbitros, se considerarem apropriado, retirar as inferências suscitadas, mesmo que nem todos aqueles preceitos se verifiquem no caso concreto.

Bibliografia

ALEXY, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality” in *Revus* 22, 2014, disponível em <http://revus.revues.org/2783>

AMARAL, Guilherme Rizzo – “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart” in *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, n.º 1. Kluwer Law International, 2018

BARROCAS, Manuel Pereira – “A Prova no Processo Arbitral” in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2011.

BEDROSYAN, Alexander Sevan – “Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?” in *University of Pennsylvania Journal of International Law*. Vol. 38, n.º 1, Art. 5. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2016, disponível em <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1933&context=jil>

BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan – *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6.ª Edição. Kluwer Law International, 2015. ISBN 978-019-87-1424-8

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (Ed.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*. 2.ª Edição. Kluwer Law International, 2008. ISBN 978-90-411-5860-4

BORN, Gary B. – *International Commercial Arbitration*. 2ª Edição. Kluwer Law International, 2014. ISBN 978-904-11-5219-0

BRUMPTON, Paul; POLKINGHORNE, Michael – “Decision of the Paris Court of Appeal on “adverse inferences” doctrine”, 31 de março de 2017, disponível em

<https://www.whitecase.com/publications/alert/decision-paris-court-appeal-adverse-inferences-doctrine>

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5

CARAMELO, António Sampaio – *Direito da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7106-0

CARMONA, Carlos Alberto – “Flexibilização do Procedimento Arbitral” in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2010

CARVALHO, Jorge Morais; GAROUPA, Nuno; GOUVEIA, Mariana França; MAGALHÃES, Pedro; PINTO-FERREIRA, João Pedro – *Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. ISBN 978-989-8424-92-1

CASAS, Gonzalo Stampa – “Discovery Arbitral” in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. VII, n.º 26. Kluwer Law International, 2010

COCHRANE, Elsbeth; ELLAM, Timothy St. J.; THIESSEN, Layne – “Paris Court of Appeal Potentially increases Scope of the Doctrine of “Adverse Inferences””, 3 de março de 2017, disponível em <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/international-arbitration-blog/paris-court-appeal-potentially-increases-scope>

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6160-3

DAY, Margaux; SCHARF, Michael P. – “The International Court of Justice’s Treatment of Circumstantial Evidence and Adverse Inferences” in *Chicago Journal of International*

Law, Vol. 13, n.º 1, Art. 16. 2012, disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol13/iss1/6>

DERAINS, Yves – “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint” in *ICC Bulletin*. Special Supplement 83, 2006, disponível em http://library.iccnbo.org/dr-supplements.htm?AGENT=ICC_PRT

DIMITROV, Delyan; BLACK, Dorit Ungar – “Electronic Discovery in International Arbitration” in *International Arbitration in the United States*. Kluwer Law International, 2017

DULANI, Jeetander; JAFFE, Michael Eva; STUTE, David – “Burden of Proof as a Prerequisite to Document Production Under the 2010 IBA Rules: An Obituary”, in *TDM*, Vol. 1, 2017, acessível em www.transnational-dispute-management.com

FREITAS, José Lebre de – *Introdução ao Processo Civil*. 4.ª Edição. Coimbra: Gestlegal, 2017. ISBN 978-989-99824-1-3

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel – *Código de Processo Civil: Anotado*. Vol. 2, artigos 362.º a 626.º. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-32-7055-1

GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John – *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. ISBN 978-904-11-1025-1

GOUVEIA, Mariana França – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5570-1

HOFFMANN, Anne K.; SHETTY, Nish – “Evidence and Hearings” in *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, Vol. 17. Kluwer Law International, 2013

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix – “Adverse Inferences in International Arbitral Practice” in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011

HARRIS, Peter; LUTTRELL, Sam – “Reinventing the Redfern” in *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, n.º 4. Kluwer Law International, 2016

HOUTTE, Hans Van – “The Use of an Expert to Handle Document Production: IBA Rules on the Taking of Evidence (Art. 3(7))” in *International Arbitration 2006: Back to Basics*, ICCA Congress Series, Vol. 13. Kluwer Law International, 2007

HOUTTE, Vera Van – “Adverse Inferences in International Arbitration” in *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 6. Kluwer Law International, 2009

HOWELL, David – “Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration” in *Dispute Resolution International*. Vol. 3, n.º 2. 2009, disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=EF1C6193-FFEB-4BA8-9A68-FC034FE5BAC8>

JÚDICE, José Miguel – *Produção de Prova*, 2008, disponível em https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/evidence/producao_de_prova__s_larisma__set_08.pdf

KRÖLL, Stefan Michael; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. – *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. ISBN 978-904-11-1568-3

KUBALCZYK, Anna Magdalena – “Evidentiary Rules in International Arbitration - A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation” in *Groningen*

Journal of International Law: International Arbitration and Procedure. Vol. 3, n.º 1. 2015, disponível em https://grojil.files.wordpress.com/2015/05/grojil_vol3-issue1_kubalczyk_.pdf

LOUSA, Nuno Ferreira – “Produção de Prova em Arbitragens Internacionais: em especial, a apresentação de prova documental em poder da parte contrária” in *VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2014.

MARGHITOLA, Reto – *Document Production in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, vol. 33. Kluwer Law International, 2015. ISBN 978-904-11-5159-9

MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John – *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International, 2010. ISBN 978-904-11-2610-8

MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

MORENO, Yaza Areque – “La práctica del discovery en el arbitraje internacional” in *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 26. Wolters Kluwer España, 2016

NÁPOLES, Pedro Metello de – “Contributos das Regras da IBA sobre produção de prova - em especial da produção de documentos em poder da contraparte” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2016

OLIVEIRA, Mário Esteves de (Coord.) – *Lei da Arbitragem Voluntária*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5368-4

PEREIRA, Patrícia da Guia, “Fundamentos de Anulação da Sentença Arbitral: Perspetivas de *Iure Condito* e de *Iure Condendo*” in *O Direito*. Ano 142.º, V. Coimbra: Almedina. 2010

PINHEIRO, Luís de Lima – *Arbitragem Transnacional*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-40-2522-3

– “Recurso e Anulação da Decisão Arbitral: Admissibilidade, Fundamentos e Consequências” in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2008

RAMOS, Ana Morales – “La deducción de inferencias negativas de la no producción de prueba. La práctica en Litigios y Arbitrages Internacionales y, en particular, la experiencia del Irán – U.S. Claims Tribunal” in *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 28. Madrid: Club Español del Arbitraje, 2017

RODRIGUES, Bruno; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da – “Aplicabilidade e Aplicação das Regras da IBA sobre a Administração de Provas” in *IX Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2016

SANTOS, Rita Nunes dos – “A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral”, in *O Direito*. 149.º, I. Coimbra: Almedina, 2017

SEGESSER, Georg von – “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” in *ASA Bulletin*. Vol. 28, n.º 4. Kluwer Law Online, 2012

SHARPE, Jeremy K. – “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence” in *Arbitration International*. Vol. 22, n.º 4. Oxford Academic, 2006

SILVA, Artur Flamínio da – *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7063-6

SILVA, Paula Costa e – *A Nova Face da Justiça: Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, Lisboa, 2009. ISBN 978-972-32-1751-3

UGHI, Giovanni; KREINDLER, Richard (Coord.) – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2010,
disponível em
https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

VICENTE, Dário Moura – *Da Arbitragem Comercial Internacional: direito aplicável ao mérito da causa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. ISBN 972-32-0444-4

VICENTE, Dário Moura (Coord.) – *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6952-4

WAINCYMER, Jeffrey – *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012. ISBN 978-904-11-3168-3

WESTGAVER, Claire Morel de; ZINATULLINA, Ellina – *Will Adverse Inferences Help Make Document Production in International Arbitration More Efficient?*. Kluwer Arbitration Blog, 2 de Agosto de 2017, Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/02/will-adverse-inferences-help-make-document-production-international-arbitration-efficient/>

Lista de legislação, instrumentos de *soft law* e convenções

1. *Arbitration Act* 1966, disponível em https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/pdfs/ukpga_19960023_en.pdf
2. Código de Processo Civil francês, disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3F11C4B8DE6DA3E63D7DC751D23A958D.tplgfr39s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180614
3. Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>
4. Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional, acessíveis em https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx
5. Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais, acessíveis em https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx
6. *German Arbitration Act*, disponível em <http://www.sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>
7. Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis
8. Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
9. Princípios do Processo Civil Transnacional, disponíveis em <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>

10. *Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*, disponível em <https://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/e-disclosure-in-arbitration.pdf?sfvrsn=2>
11. Regras arbitrais do ICSID, disponíveis em <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>
12. Regras arbitrais da *London Court of International Arbitration*, disponíveis em http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
13. Regras arbitrais da UNCITRAL, disponíveis em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>
14. Regras da IBA sobre a produção de prova na Arbitragem Comercial Internacional, acessíveis em https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx
15. Regulamento de Arbitragem da *American Association Arbitration*, disponível em https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Portuguese.pdf
16. Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, disponível em <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>
17. Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, disponível em http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Regulamento_de_Arbitragem_2014.pdf
18. Regulamento de Arbitragem do Instituto de Arbitragem Comercial, disponível em <http://www.institutodearbitragemcomercial.pt/wp-content/uploads/2014/08/Regulamento-de-Arbitragem-do-Instituto-de-Arbitragem-Comercial-versão-18-de-Março-de-2016.pdf>
19. *Report on Managing E-Document Production*, disponível em [92](https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-</div><div data-bbox=)

Arbitration-Commission-Report-on-Managing-E-Document-Production-2012.pdf

20. *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, disponíveis em [content/uploads/icc-controlling-time-and-cost.pdf](#)

21. UNCITRAL *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, disponíveis em <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>

Anexos

Descrição do documento ou categoria de documentos	Motivos para a apresentação do requerimento de produção de documentos	Resposta e objeções ao requerimento de produção de documentos	Decisão do tribunal arbitral
<p><u>Exemplo 1</u></p> <p>Cópia da ata da reunião da Assembleia Geral de acionistas da demandada, realizada a 12 de maio de 2014, na qual se discutiu e deliberou sobre a aquisição e alienação, pela sociedade, de ações próprias.</p>	<p>A demandada alega que alienou as ações próprias nos termos da deliberação da referida reunião, pelo que a referida ata deverá esclarecer aquela posição.</p> <p>A reunião de 12 de maio de 2014 foi mencionada numa conversa telefónica com o CEO da aqui demandante.</p> <p>O documento não está em poder da demandante.</p>	<p>A ata da reunião da Assembleia Geral de 12 de maio de 2014 não é relevante para as questões debatidas neste processo, nem importante para a sua decisão.</p> <p>A ata contém assuntos de gestão interna da sociedade que assumem um carácter confidencial. Assim, a demandada opõe-se nos seguintes termos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falta de relevância e materialidade (artigo 9.º, n.º 2, al. a) das Regras da IBA); - Confidencialidade comercial ou técnica (artigo 9.º, n.º 2, al. e) das Regras da IBA). 	

<p><u>Exemplo 2</u></p> <p>Cópias da correspondência (em papel ou formato eletrônico) trocada entre a demandada e os seus representantes legais, entre maio de 2010 e maio de 2014, relativa ao contrato de empréstimo celebrado com a empresa X.</p>	<p>A demandada alega que foi aconselhada a celebrar o contrato de empréstimo com a empresa X, o que pode vir a ser comprovado pela correspondência trocada com os seus representantes legais. A correspondência em causa foi referida no <i>e-mail</i> Y, ao qual a aqui demandante não tem acesso.</p>	<p>A referida correspondência está protegida pelo sigilo profissional entre advogado-cliente. A apresentação da correspondência trocada entre maio e setembro de 2014 traduz-se num encargo excessivamente oneroso para a aqui demandada, por já ter sido eliminada do arquivo digital da empresa. Assim, a demandada opõe-se nos seguintes termos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Impedimento legal ou sigilo profissional (artigo 9.º, n.º 2, al. b) das Regras da IBA). - Encargo de produção excessivamente oneroso (artigo 9.º, n.º 2, al. c) das Regras da IBA). 	
---	---	--	--

Anexo 1 – Exemplo de uma tabela de *Redfern*

Índice

Declaração de compromisso de anti plágio.....	I
Agradecimentos	II
Modo de citar e outras convenções.....	III
Lista de abreviaturas	IV
Declaração de conformidade do número de caracteres	VI
Resumo	VII
Abstract.....	VIII
Introdução	1
Capítulo I – A prova no processo arbitral	3
1. Considerações gerais	3
1.1 Os diplomas legislativos.....	5
1.1.1 A Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional...6	
1.1.2 A Lei de Arbitragem Voluntária.....	7
1.1.2.1 Os princípios fundamentais do processo justo e a aplicação das regras do Processo Civil.....	9
1.2 Os Regulamentos Arbitrais	10
1.2.1 Câmara de Comércio Internacional.....	11
1.2.2 The London Court of International Arbitration.....	12
1.2.3 The American Arbitration Association.....	12
1.2.4 Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa	14
1.3 Os instrumentos de soft law	15
1.3.1 As Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional.....	15

1.3.2	As Regras da IBA sobre a produção de prova na Arbitragem Comercial Internacional.....	16
1.4	Síntese conclusiva	18
Capítulo II – A obtenção de documentos em posse da parte contrária		19
2.	Considerações gerais	19
2.1	A produção de prova documental na arbitragem internacional.....	20
2.2	As Regras da IBA sobre a produção de prova documental na Arbitragem Comercial Internacional.....	23
2.2.1	Aplicabilidade e valor.....	25
2.2.2	A admissibilidade de prova documental	27
2.2.3	Os documentos eletrônicos	28
2.2.4	A produção de documentos em posse da parte contrária – o Requerimento de Produção.....	29
2.2.4.1	Requisitos.....	30
a)	Especificidade	30
b)	Relevância e Materialidade.....	32
c)	A posse dos documentos.....	36
2.2.4.2	A valoração de prova – exceções à produção de documentos em posse da parte contrária	37
a)	Impedimento legal/sigilo profissional	41
b)	Confidencialidade comercial ou técnica	43
2.2.4.3	Procedimento	46
2.3	Modelo de Requerimento – a tabela de Redfern	47
2.4	Síntese conclusiva.....	49
Capítulo III – As inferências negativas.....		51
3.	Considerações gerais	51

3.1	Conceito.....	53
3.2	O ónus e o valor da prova	54
3.3	A previsão e o papel das inferências.....	57
3.4	Os critérios de aplicação apresentados pela doutrina e pela jurisprudência.	61
a)	Corroboração, pela parte requerente, da inferência negativa suscitada;.....	63
b)	A parte requerida deve ter acesso ao documento solicitado, cuja não apresentação pode implicar a retirada de uma inferência negativa;	64
c)	Razoabilidade, consistência com os factos estabelecidos no processo e relação da inferência negativa com o conteúdo provável do documento não apresentado; 67	
d)	Produção, pela parte requerente, de prova prima facie da sua versão dos factos; 70	
e)	Conhecimento, pela parte requerida, da possibilidade de retirada de inferências negativas em caso de incumprimento da obrigação de apresentação de prova.	72
3.5	Considerações finais	77
	Conclusão	80
	Bibliografia.....	84
	Lista de legislação, instrumentos de soft law e convenções.....	91
	Anexos.....	94